Los derechos fundamentales como institución
(Aportación a la sociología política)

Los derechos fundamentales como institución

(Aportación a la sociología política)

•

Niklas Luhmann

Universidad Iberoamericana / colección teoría social

Presentación a la edición en castellano

I
Teoría de la sociedad y diferenciación funcional

Los derechos fundamentales como institución –aportación a la sociología política es el primer libro de Luhmann que vincula sociedad y teoría de la diferenciación. Se trata de 'análisis funcionales' y de la función del ser humano y de los derechos fundamentales, en el contexto —como dice Luhmann— del orden social diferenciado, expuesto directamente en los artículos (1-19) de la Carta Magna de la República alemana de 1949. Editado en 1965 —20 años después del final de la guerra— el libro de Luhmann, dentro de la historia intelectual de la República alemana, es también una de las oposiciones más significativas al totalitarismo: es un libro equipado con los medios de pensamiento de la sociología norteamericana (y no sólo del funcionalismo estructural) y de la ciencia política de aquel entonces; armado, además, con la sociología clásica europea y con un conocimiento sutil de la Constitución alemana y de la doctrina sobre el Estado. El libro es más bien parco respecto a las alusiones al tercer Reich o al "Estado total".[1] La perspectiva del libro

[1] Si esto, entonces "Estado total"; cfr. Grundrechte als Institution, p. 14, nota. 1 (contra Carl Schmitt) y también, en el contexto de la dignidad y la libertad, p. 73. nota 55 respecto al saludo a Hitler: "Así en el tercer Reich había un sinnúmero de variaciones del saludo a Hitler, de las cuales algunas eran indudables: se estilizaba de tal forma el libre actuar, que se notaba la falta de libertad –sin que eso pudiera expresarse. Pero de qué sirve eso. Precisamente esta evocación muestra qué tan fuertemente puede cercenar –incluso a uno mismo– este medio

no es histórica. Se trata más bien del problema de la estabilización estructuralmente improbable (llena de presupuestos) del orden diferenciado. Se evita el concepto mismo de totalitarismo, aunque se le sustituye y se le precisa con el concepto de desdiferenciación. Con este concepto de serio *peligro* estructural se hace referencia al problema unitario sobre el cual Luhmann analiza y determina la función de los derechos fundamentales.[2] Puedo aquí citarlo: "El peligro de des-diferenciación (el peligro de politizar toda la idiosincrasia de la comunicación) se encuentra implicado ya en la emancipación social y en el postulado de autonomía del sistema político, de aquí que sea una característica del proceso mismo de diferenciación... Por este motivo, el mantenimiento de la diferenciación social exige instituciones correctivas y bloqueadoras que se opongan a este peligro. La separación de poderes es una de las más conocidas; la separación de política y administración —que Goodnow prefería a la división de poderes—, una de las más eficaces. Aunque ante todas, debe nombrarse a la institución de los derechos fundamentales que está —con razón— contemplada en la nueva doctrina constitucional alemana en el centro de la concepción sobre el Estado".[3]

Así como el libro tiene a la vista a la joven República federal (y al fondo, a la Europa occidental consolidada después de la guerra y a los EUA),[4] de la misma manera es —desde el punto de vista del sistema parcial de la política, de sus amenazas y de su capacidad de amenazar— teoría de la sociedad. Pero la teoría de la sociedad, desde un principio, es para Luhmann —como lo era para Talcott Parsons— teoría de la diferencia en sentido enfático. Y es totalmente

---

de expresión de la dignidad –allí donde no existe ninguna libertad".

[2] Allí lo fascinante es "la unidad del problema de referencia" y la consecuencia que se saca de los derechos fundamentales y de la diferenciación del sistema político; cfr. también el último capítulo sobre la teoría de la diferenciación social: pp. 186ss., 188.

[3] *Ibid.*, p. 24.

[4] Con la teoría de la modernización de su tiempo, Luhamnn, en los años 1960, tenía naturalmente ante los ojos a los países en desarrollo; Véase op. cit. p. 95s: "En Alemania esta civilización de las expectativas arrancó de cero en 1945 y fue lo que hizo posible el 'milagro económico'. Y dado que esta civilización de expectativas falta en los países subdesarrollados, por eso no llega el correspondiente milagro del desarrollo y, por eso mismo, a la hora de transferir modelos organizativos (de capital, de planificación, de equipamiento) surge una serie de dificultades con respecto a su adecuada utilización.".

en este sentido que se denuncia y se ataca al pensamiento y a la doctrina alemana sobre el Estado. Se despide a un Estado concebido por encima de la sociedad. La descripción de la sociedad que Luhmann antepone es la de un sistema político, especificado funcionalmente, como uno de los sistemas parciales de la sociedad, como un subsistema junto a otros subsistemas, dentro del entorno interno de la sociedad. Se usa todavía aquí con vigor la clásica —aunque después en repliegue— semántica de la separación, que trae a expresión la 'relativa autonomía' de los sistemas parciales y el rompimiento de la interdependencia entre ellos. Y el mensaje —en vista del orden social diferenciado— es lo mismo crecimiento interno social de la dependencia que crecimiento de la independencia: "más dependencia y más independencia al mismo tiempo".[5] El subrayar la separación y la heterogeneidad de los distintos sistemas funcionales no impide a Luhmann observar entre ellos "acontecimientos paralelos", como por ejemplo —como él lo dirá poco después— el derecho positivo siempre cambiante, la ciencia siempre indagadora, las relaciones amorosas basadas en la elección libre del compañero —sistemas, pues, que institucionalizan, cada uno según su función específica, una muy alta volubilidad.[6] También el pensamiento clásico de la correlación entre diferenciación e individualización surte con fuerza sus efectos en el libro de Luhmann.[7] El capítulo del complejo (dignidad/libertad) de los derechos fundamentales lleva el título de individualización de la presentación de sí mismo. Esta presentación individual de sí mismo se inspira en Goffman, y está pensada en primera línea en el contexto de la interacción, en donde la libertad tiene que ver con las amenazas externas de la autopresentación, mientras que la dignidad, con "las internas".[8] También queda incluido —fuertemente referido a la interacción— Norbert Elias: la

[5] Así 1968 (en el congreso de sociología de Frankfurt); cfr. Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse, p. 23.
[6] Véase *op. cit.*, allí se encuentra una clara afinidad con Simmel, quien habla de 'inestabilidad' en analogía con la economía del dinero.
[7] Luhmann, Grundrechte als Institution, p. 48, nota. 1, refiriéndose a Simmel y a Durkheim: "aquí tocamos el viejo entendimiento sociológico del contexto condicional mutuo entre diferenciación social e individualismo".
[8] *Ibid.*, p. 66s.

alta movilidad de contacto de la libertad de comunicación en las relaciones sociales diferenciadas tiene como condición de posibilidad "la civilización de las expectativas del comportamiento".[9]

Por otra parte, el "orden social diferenciado", como queda sugerido en el libro *los derechos fundamentales como institución*, está muy obligado en su concepción con Parsons. No en el sentido de que la diferenciación —como lo hace Parsons— siempre se piense de manera compensatoria junto a la integración, sino en el sentido de que el orden social diferenciado se subdivida en un esquema cuádruple, con el que se busca explícitamente (aunque con escepticismo) la relación con Parsons.[10] No encontramos aquí todavía la confianza en los sistemas funcionales, aunque sí ya al sistema de la política y al de la economía.[11] Aunque muy poco después de 1965 empieza una producción de ensayos que toma en cuenta —casi como una serie— las características de diferenciación de cada uno de los sistemas (posteriormente mencionados) como sistemas funcionales —concebidos allí fuertemente en términos primero de diferenciación de roles. Remito al ensayo publicado en 1968 sobre la sociología del sistema político,[12] al que precedió un curso (en la Universidad de Münster/Westf. en el semestre de invierno 1966-1967), que yo mismo escuché y del cual conservo muchas notas todavía. En este ensayo hablan, capítulo por capítulo, de manera casi escolar, los conceptos fundamentales de la teoría de la diferenciación ilustrada en el caso de la política (entre otros: 'proceso de diferenciación', 'autonomía', 'especificación funcional', 'diferenciación interna según la función') —los cuales se remarcan en 1968 como *autoconducción de la ciencia*. Este ensayo —que como

[9] *Ibid.*, pp. 84ss., 89ss.

[10] *Ibid.*, p. 189ss. donde se esquematiza el 'pensamiento básico' del esquema parsoniano AGIL, aunque con este comentario: "la simplicidad del esquema se paga cara con la multiplicidad de relaciones del sistema".

[11] "La personalidad se individualizará, las expectativas de conducta se civilizarán, la cobertura de las necesidades económicas se cubrirá por el dinero y las decisiones vinculantes se depositarán en una empresa burocrática estatal, la cual se encuentra –en parte, directamente y, en parte, mediante procesos de formación política de poder– enlazada con la sociedad" (*Ibid.* p. 188).

[12] Niklas Luhmann, Soziologie des politischen Systems, en: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Spzialpsychologie 20, 1968, pp. 705-733.

es sabido se orienta muy fuertemente a la 'reputación' como orientación interna de la ciencia y como vehículo de motivación— lleva al final al descubrimiento de que 'los proceso lábiles, riesgosos y dudosos en el sistema social de la ciencia son llamados a legitimar los procesos estables, firmes-en-su-función y definidos. Y Luhmann se pregunta, después, si este contexto expone una particularidad del sistema de la ciencia o si puede aplicarse a otros sistemas parciales de la sociedad según sea su proceso de diferenciación. Él da una respuesta positiva y lo ilustra, no por último, en los círculos internos del poder del sistema político.[13] La serie de la *Soziologische Auflärung* de 1970 (sobre todo el volumen 1) contiene estos dos ensayos mencionados y los relacionados con la economía y con el derecho.[14] Luhmann se ha liberado ya del esquema AGIL y de la pauta de los cuatro subsistemas de Parsons.

Hartmann Tyrell
Bielefeld, 2009

[13] Niklas Luhmann, Selbststeuerung der Wissenschaft, en: Jahrbuch für Sozialwissenschaft 19, 1968, pp. 147-170, aquí 167s.
[14] Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Opladen 1970; en el prólogo a la colección (p. 5) se habla de que sería encomiable una teoría al respecto, aunque luego añade: "Se recomienda que esa teoría no se escriba todavía en limpio, y la experiencia de muchos años me ha enseñado que los artículos en revistas son la forma más adecuada para ello".

II
Los escritos de Luhmann sobre los Derechos Fundamentales
(Su actualidad después de más de 40 años)

1. Los escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales entre 1965 y 1998

Rainald Goetz, uno de los escritores más reconocidos de la última década, calificó a Luhmann como el 'Hegel del siglo veinte'. En 2007, comentando los escritos primeros de Luhmann de inicio de los años 60 del siglo pasado, ve cómo "Luhmann en aquel entonces ponía ya en cuestión de manera combativa los objetos que siempre fueron de su interés: administración, derecho y política — dándose cuenta que, por lo general, hasta ese momento, la ciencia del pensamiento vétero europeo (aferrada a la causalidad frente a la explosión de perspectivas que proponía el análisis funcional) no era capaz de responder con suficiencia. En sus inicios la teoría se mostraba magnífica y poderosa. Las propuestas de solución de Luhmann a las aporías teóricas observadas se mencionan brevemente como resultados. Todavía no hay pruebas exactas, sino sólo intuiciones de un pensamiento que ilumina de lejos el horizonte y el análisis. Por eso mismo tienen un efecto creativo que produce en el lector el encanto de lo auténtico. Espiritualmente se aprecia en estos textos armonía".(2007: 412).[15]

[15] En el arte de la sociedad no sólo la bella literatura se ocupa de la organización y de los

A estos dos escritos primeros de Luhmann de 1958 —que no sólo eran para literatos, sino se manifestaban además adecuados para lectores de sociología— pertenecen también *Öffentlichrechtliche Entschädigung —Rechtpolitisch betrachtet* (1965b) así como *Grundrechte als Institution* (1965a), los dos se editaron casi al mismo tiempo. Los temas sociológicos (método funcional, orden social funcionalmente diferenciado, política como sistema, derecho como estructura social, institucionalización) aparecen en los dos libros.

El libro de las indemnizaciones articula sobre una base sociológica una propuesta político jurídica (la ley para reglamentar el derecho público de indemnización); el libro de los derechos fundamentales, por el contrario, hace sugerencias sobre todo a la jurisprudencia constitucional. Los libros son resultado de escritos programáticos del método funcional y comparativo en las ciencias sociales (entre otros, 1964=cast.1973), resultado de un trabajo de crítica a la sociología de Weber y de otros trabajos de sociología del conocimiento y de la organización, en los cuales Luhmann aplica el método funciónal —destaca entre ellos el extenso libro *Funktionen y Folgen formaler Organisation* (1964).

La breve alusión, en el libro de los derechos fundamentales, sobre la 'libertad de conciencia' (1965a: pp. 76s., 97s.), fue de inmediato complementada por Luhmann con un escrito (1965c) en la ilustre Revista Constitucionalista de Alemania del Oeste —escrito que bien hubiera podido servir de capítulo de este libro, y sobre el cual se hace en él alusión (p. 77). El tema de la 'libertad de conciencia' fue popularizado después por Luhmann en una academia eclesiástica (1970a) y profundizado, con añadidos psicológicos, para una serie teológico-jurídica (1973a) como análisis de la conciencia —pero no de su libertad. Finalmente en 1974 trabaja él el análisis de la propiedad a partir de la Constitución en el marco de la pregunta por 'el futuro de la dogmática jurídica' como ejemplo de 'requisitos básicos para llegar a modelos conceptuales adecuados sobre lo so-

escritos primeros de Luhmann (que si se estetizan se vuelven textos bellos), sino también la música. Nikolaus Gerszewski, un joven compositor, puso música a la sociología del derecho de Luhmann de 1972 (cfr. http://www.ordinary-art.com/frameset.htm, acceso 9.11.2009), en estilo dadaístico —como él me escribió.

cietal y lo político-societal' (1974 cap.vi=cast. 1983). Porque, según Luhmann, si la fundamentación acostumbrada de la propiedad de 'servir a la libertad y a la autorrealización del individuo' se tomara en serio, debería dar pie a una radical reestructuración de la distribución de la riqueza en el sentido del comunismo. Precisamente Hegel había ya visto este problema y se había manifestado en contra (1974: 60=cast.1983).

Se añaden, además, dos recensiones: una sobre la problemática de la indemnización (1965c) y otra sobre un libro de los derechos fundamentales alemanes (1968). En esta última, Luhmann critica la pobreza de pretensiones del editor y reprocha la falta de conciencia sobre el alcance de la 'gran teoría política'. Luhmann aprendió de Parsons la alta pretensión de teoría para la teoría sociológica. Siempre ha llamado la atención, por ejemplo, que se ha caracterizado a la teoría moral de Luhmann 'minimalismo moral llevado a un nivel de alta pretensión'. Luhmann transfirió ese nivel de exigencia a otro tipo de teorías, a las cuales él llamó más tarde teorías de reflexión.

Los textos anteriormente mencionados conforman lo que —en lo que sigue— quiero llamar escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales. Se trata de escritos primeros. Con ellos termina el interés de Luhmann por fecundar directamente la dogmática jurídica. En la academia de magistrados en Trier (cerca de Luxemburgo), buena parte de las profesiones jurídicas los reconocen todavía con frecuencia, pero su influencia general sobre la dogmática pasa por encima de estos textos antiguos y de otros nuevos —textos que más bien permiten contactos indirectos, por ejemplo, con la filosofía (teoría) del derecho.

Luhmann, después, siempre volvió sociológicamente sobre cada uno de los derechos fundamentales. Por ejemplo colocó el origen de la propiedad (1987/1991) en el contexto de la diferenciación entre economía y política. Y después interpuso una pregunta sobre los derechos fundamentales que conmovió a la opinión pública: ¿Se puede bajo circunstancias determinadas torturar para evitar un ataque terrorista —a pesar de la supuestamente inalienable dignidad humana y de la prohibición de tortura que trae aparejada— (1993/2008)? Hay lectores que en el lugar de la pregunta de

Luhmann leen como *tragic choice* la recomendación de tortura en casos extremos. Otros remiten al estilo mordaz de Luhmann y a la ironía que subyace en la expectativa de que la respuesta podría resolverse jurídicamente. Se trata precisamente de *tragic choices*, de tragedias, como en la de aquel joven secuestrado, donde el presidente de la policía de Frankfurt amenazó con torturar al extorsionador para salvar de la muerte al joven. El presidente de la policía fue condenado con una pena muy leve. El asesino juzgado, jurista, interpuso la queja de indemnización por los supuestos daños psíquicos provocados por la amenaza de tortura (cfr. www.echr.coe.int/echr/en/header/press/multimedia/webcast). Hay juristas que ponderan más la dignidad humana del joven secuestrado frente a la del secuestrador para así legalizarla. Quienes hoy discuten sobre 'la tortura para salvar' (cfr., Roellecke 1999 y Stolleis 2008) y aun el mismo Luhmann, en aquel entonces, (1993/2008) no hacen referencia a esos escritos más antiguos de 1965 hasta 1973.

El interés de Luhmann por el método funcional y por la organización viene del tiempo en que fue funcionario de Ministerio (1955-1962). Cerró esta época con un curso de perfeccionamiento en la Universidad de Harvard (1960/1961), en donde preparó su libro de 1964 (1995) sobre organización. El interés por los temas jurídicos (que Luhmann desarrolló en los tres libros) proviene menos de su estudio de jurista y de resolver casos de derecho en el Ministerio, que del contexto de la escuela superior de Speyer. Fue llamado en 1962 al recién fundado Instituto de investigación de esta Escuela superior por su director Carl Hermann Ule. Luhmann, poco después de sus estudios de derecho (1946-1954), lo conoció en la cúpula del Tribunal Superior de Lüneburg (en Hamburgo), donde Ule era vicepresidente, y Luhmann se ocupaba, como asistente del presidio, de confeccionar un fichero para tomar decisiones jurídicas. Ule, cuando se fue como profesor a Speyer, le allanó el camino a Luhmann en 1955 en el Ministerio de cultura de Hannover. Editó el primer escrito de Luhmann de 1958 (sobre el método funcional), apoyó la solicitud a la Universidad de Harvard y llamó a Luhmann en 1962 a Speyer.

En el Instituto de la Escuela superior de Ciencias administrativas en Speyer (cerca de Heildelberg) —fundada según la idea de la École Nationale d'Administration en París, en una de las

zonas de ocupación de los franceses, y elevada después a estatuto de Universidad— Luhmann trabajó, junto al libro sociológico de la organización (1964), tres libros con temas jurídicos, que le interesaban al director del Instituto, Ule. El segundo (1965b), después de un primero escrito tres años antes, se ocupaba de la indemnización pública —tratada desde el punto de vista político jurídico y con ello desde el art. 3 y 14 de la Constitución alemana, en donde se reglamenta la igualdad ante la ley y la salvaguarda de la propiedad. Estos textos jurídicos proponen, sobre un fondo de leyes simples, una base de argumentación jurídica para formas no legisladas de indemnización pública.

En su libro sobre los derechos fundamentales (1965b) levanta Luhmann el puente entre los intereses jurídicos de su jefe, el profesor de derecho Ule, y sus intereses privados en teoría sociológica, en la tradición del profesor de sociología Parsons, cuyos escritos conocía Luhmann desde sus estudios en Harvard (1960/1961) y que ya en 1958 había citado. El libro político-jurídico sobre la indemnización pública parece que se prepara de manera paralela al libro de los derechos fundamentales —en todo caso, ambos aparecen publicados en el mismo año (1965b).

Al final de 1965 empieza Luhmann su estudio de un año de sociología en Münster (junto a Dortmund) y se muda del Instituto de investigación administrativa en Speyer a la plaza (perteneciente a la Universidad de Münster) de Investigación social en Dortmund. Al mismo tiempo hace su solicitud para obtener su doctorado en ciencias sociales (Dr.sc.pol.) con un trabajo todavía no publicado en aquel entonces sobre "*Recht und Automation in der oeffentlichen Verwaltung*" (1966a).

Los tres profesores de sociología que dirigían el puesto de Investigación social (Claessens, Hartmann y Schelsky) le abren la perspectiva de que inmediatamente después podría asimismo aspirar a la 'habilitación' con un trabajo ya publicado, es decir, aspirar al examen posdoctoral con un segundo libro —lo cual en aquel tiempo era necesario para ser nombrado profesor de sociología en la República alemana.

Sobre estos dos exámenes, que Luhmann (1965/1966) solventó en sólo nueve meses (Rehberg 2005: 300 exagera diciendo que

en dos) se han formado leyendas. Por ejemplo, el libro "*Funktionen y Folgen formaler Organisation*" debía ser su disertación doctoral. Entonces el libro sobre 'los derechos fundamentales' vendría a ser el que tendría que considerarse como su escrito de habilitación para la disciplina de sociología, sobre todo cuando muchos consideran que fue Helmut Schelsky (quien más apoyó, después de Ule, la carrera profesional de Luhmann) uno de los sinodales en los dos exámenes (King/Thornhill 2003: 169 y Rehberg 2005:300). El libro de Luhmann sobre los derechos fundamentales conecta con un trabajo de Schelsky publicado diez años antes y editado de nuevo en 1965: "*Ueber die Stabiliataet von Institutionen, besonders Verfassungen: Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema*" (1952).

Las actas de la Universidad de Münster dejan ver que Luhmann obtuvo su habilitación con el libro sobre organización de 1964/1995 y que Schelsky no participó formalmente en los dos exámenes. Aparece simplemente como profesor, entre otros muchos, con derecho a voto en la gran facultad de derecho y ciencias del Estado. El libro sobre organización se admitió, con dos votos aprobatorios (los de Dieter Claessens y Heinz Hartmann), como libro cuya aportación significativa se hacía a la sociología general: así ya no fue necesario investigar en actas si el libro de 'los derechos fundamentales' —basado más fuertemente en la teoría de la diferenciación de Parsons y en la teoría (más tarde trabajada por Luhmann en 1970) de la institucionalización— realmente revelaba una aportación sobresaliente de Luhmann.[16]

El libro de Luhmann sobre los derechos fundamentales trata:

- de *derechos subjetivos*: Los derechos fundamentales pueden (aunque no necesariamente deben) hacer que las personas beneficiadas —y no sólo las organizaciones estatales o las organizaciones de derechos humanos— se acojan a ellos como portadores de derechos fundamen-

[16] Archivo de la Universidad de Münster portafolio 32, número 73 y portafolio 33, número 2265. Agradezco a la directora, Dra. Sabine Happ, por sus consejos sobre las actas que describen la influencia de Niklas Luhmann en la Universidad de Münster.

tales. La Constitución de 1949, promulgada con autorización de los poderes de ocupación en el Oeste de la República alemana, logró por primera vez, en la historia de Alemania, que los derechos fundamentales para los alemanes, y en suelo alemán, no sólo fueran derechos subjetivos sino derechos exigibles jurídicamente. Le siguió la Comisión europea de los derechos humanos en 1950. Este tema fue del interés de Luhmann más tarde (1969/1981: 299ss.,1970a/1981, 1981b).

- Se trata en particular de derechos fundamentales específicos, los cuales en realidad pueden reglamentarse sin Constitución —como fue el caso en muchas regiones de Alemania en el siglo XIX— pero que vale la pena que la Constitución los garantice. De la Constitución, Luhmann se ocupó por entero todavía tres veces (1973b, 1990b y 1993: cap.10 iv=cast.2002) y de instituciones que ameritan rango constitucional —es decir, de aquellas que vale la pena que permanezcan fondeadas en la Constitución, como la familia (sí y no) o el Banco Central ('como equivalente de derecho fundamental,' sí)— se ocupó en el mismo libro de los derechos fundamentales (1965a: 105s., 118s.).
- Los derechos fundamentales se conceptúan como *Instituciones*. El concepto de institución —muy socorrido por juristas, politólogos y sociólogos, aunque dependiente de la moda— será dinamizado (institucionalización) por Luhmann en 1970b y 1972/1983 y, finalmente, remitido en su totalidad a su lugar teórico en la sociología. Aunque al final lo vincula sin resistencia a un enfoque de las ciencias sociales y políticas venido de los EUA, ligado a los nombres de, por ejemplo, John W. Meyer, Johan P. Olsen y al del (muy estimado por Luhmann) Nils Brunson.
- Finalmente, en el subtítulo del libro se subraya no el derecho sino la política, ya que Luhmann utiliza entonces una teoría de la diferenciación funcional en donde todavía el derecho como subsistema social no aparece

(será hasta más tarde, por ejemplo, 1972/1983:190s.) —aunque sí la política bajo el antiguo lenguaje de 'Estado': un sistema que puede amenazar la totalidad de la diferenciación funcional. La diferenciación funcional y la política como sistemas funcionales específicos fueron, desde los libros sobre las indemnizaciones y los derechos fundamentales, un tema recurrente de la sociología luhmanniana hasta en sus monumentales volúmenes de teoría de la sociedad, cuya preparación data de 1988 a 1996 —el último libro apareció en 1997 y, después de 1998, año de la muerte del pensador, salieron a la luz pública los volúmenes póstumos.

Luhmann trabajó por separado algunos temas del libro sobre los derechos fundamentales, primero cuando a partir de 1967 empezó a impartir clases: la sociedad 1968, el poder 1968, el amor 1969, la política 1969, sistemas sociales simples 1969/1970, por tanto, interacción (la cual no es idéntica a la presentación de sí mismo, pero que en el libro de los derechos fundamentales Luhmann enlaza a la sociología de Goffman sobre la interacción). Después, Luhmann trató permanentemente estos temas también en libros, hasta el último tema que debió esperar hasta 1984 (1984: cap.10=cast.1991,1998). Debemos preguntar si después de más de 30 años de publicar, hasta su muerte en 1998, hay algo de sus antiguas afirmaciones, sobre todo en el libro de los derechos fundamentales, que deba cambiarse. Es verdad que Luhmann trabajaba de manera permanente en sus conceptos teóricos y alguna vez expresó: "Lo que escribí hace dos años ya no me interesa" (Koenigswieser 1999:40s.). Sin embargo, lo que sorprende son las continuidades, y una referencia de Luhmann a su libro de los derechos fundamentales en los años 90 (1993, p. 60;cast. 2002), muestra que para él el libro no estaba superado. Niklas Luhmann comentó treinta años después su segundo muy conocido (y extenso) libro de los años 60 (sobre las funciones y consecuencias de la organización formal de 1964), y propuso allí describir el progreso de la sociología (y de su sociología) con el cambio efectuado por las distinciones sociológicas. Cuando los viejos nombres sobreviven, puede cambiarse lo que ha de describirse.

Primero quiero, brevemente, referirme al cambio de estas distinciones principales desde la primera aparición del libro de los derechos fundamentales (II). Junto a esta dimensión temporal (la pregunta por la actualidad del libro de los derechos fundamentales) está la dimensión objetual (III): ¿Más allá de la República alemana de entonces, es el libro actual para otras regiones del mundo con otros Estados y Constituciones, que Luhmann en su libro llama, con la expresión de aquel momento, 'países en desarrollo'? Y en la dimensión social (IV): ¿Qué hay con el consenso (o disenso) en la recepción de la relevancia sociológica de Luhmann, sobre todo en la sociología del conocimiento y, más allá, en la jurisprudencia (dogmática jurídica y filosofía del derecho) —dos disciplinas académicas a las que Luhmann se dirige simultáneamente? Ofreceré, por último, un resumen (V).

II. Las continuidades del pensamiento luhmanniano

1. El problema del cambio de paradigma

Después de diez años de la aparición del libro sobre los derechos fundamentales, un crítico de dicho trabajo pregunta si los conceptos luhmannianos y la descripción de las funciones siguen siendo las mismas. Para conceptos como los de comunicación, medios, dogmática jurídica, valores, política/administración, oportunismo de la decisión y justicia llega a resultados diferenciados (Willke 1975: 158-200), pero no percibe él ningún rompimiento teórico con sus escritos posteriores (1973/1974).

En los años 80 Luhmann proclama un cambio de paradigma —el segundo después de sustituir el esquema del todo/partes por la distinción sistema/entorno—, el cambio hacia 'la autopoiesis' —estilizado por él mismo y por otros como revolución de la sociología. Aun allí es posible conciliar la continuidad de la obra de Luhmann. Kieserling, por ejemplo, establece que una 'buena cantidad de componentes' de la teoría de Luhmann está ya terminada en lo esencial desde principios de los años 70 (Kieserling 2002: 171) y previene sobre confiar demasiado en 'fraccionar en

el tiempo la obra total de Luhmann introduciendo como cesura el concepto de autopoiesis' (1999: 277). En todo caso, un conocedor de los escritos de Luhmann sobre el derecho no considera obsoletos los escritos anteriores al cambio: "Tienen su propio valor y pueden interpretarse y complementarse por su obra tardía" (Ralf Dreier 2002: 305).

El cambio está asociado al énfasis en la autorreferencia y especialmente en la autopoiesis y aparecen expuestos en su obra principal "Soziale Systeme" (1984=cast. 1991,1998). Aquí se ve todavía la antigua combinación de teoría de la comunicación, teoría de sistemas y teoría de la evolución, que Luhmann a principios de los años 70 había anunciado como programa teórico. Lo que muchos ven como siguiente cambio de paradigma puede conceptuarse como la adición de una madeja que vendrá a quedar conformada por diversas teorías: la teoría de la observación (fiador: Heinz von Foerster), que Luhmann introduce haciendo un enlace específico con la teoría de la distinción (George Spencer Brown) y con la distinción médium/forma, la cual Luhmann descubrió en Fritz Heider. En el libro "*Soziale Systeme*" se conoce ya "la teoría del observador y la teoría de la distinción (1984:cap.11,12=cast.1991,1998), pero Luhmann no puede escribir allí 'un libro dentro de un libro', y nos remite a más delante (1984: 661=cast.1991,1998), es decir, a lo que hoy sabemos, a la '*Ciencia de la sociedad*' (1990=cast. 1996). Allí, en esa presentación general, se ha visto 'el comienzo de un fundamento mucho más radical que el cambio hacia la autopoiesis' (A. Goebel 2000:207, 217).

Hay exposiciones de la teoría de Luhmann, sobre todo la exposición de los cuatro tipos de sistema sociales, en donde esta madeja de teoría se toma más o menos en cuenta: sociedad (en la segunda obra principal de Luhmann), (1997ª=cast. 2009), movimientos de protesta (capítulo 1997a, 1997b), organizaciones (capítulo en 1997a, 2000a) e interacciones (capítulo en 1997ª, Kieserling 1999). Las instituciones tratadas en el libro sobre los derechos fundamentales fueron después investigadas y expuestas de manera teórica conforme al estado del arte más reciente en ese entonces: el principio de igualdad (1991), las Constituciones (1990b) y lo derechos humanos como semántica (1993/cast. 1998).

2. Cambio de las distinciones guía

La única investigación que expresamente discute el libro de los derechos fundamentales sobre el trasfondo del primer cambio de paradigma, ve que "las afirmaciones hechas allí sobre la función de los derechos fundamentales quedan, en largos trechos, intocadas por el cambio hacia la autopoiesis" (Noll 2006: 237), ya que el libro de los derechos fundamentales está en camino de los sistemas de acción de Parsons a los sistemas de comunicación. Este limitarse a una sola distinción es admisible, dado que el estudio trata de un problema filosófico jurídico, a saber, la 'fundamentación' de los derechos fundamentales. Intentaré probar otras distinciones sustituidas:

a) Roles/diferenciación del sistema

La afirmación central sociológica del libro de los derechos fundamentales es la salvaguarda de la diferenciación. Define el peligro de la desdiferenciación como problema para el orden social diferenciado y trata de manera funcional la institución de los derechos fundamentales, es decir, como alternativa para transformar el problema —algunas veces llamada 'solución'. Luhmann nombra, como enmiendas adicionales (aunque no como equivalentes funcionales), la separación de poderes y la separación política de política/administración (1965a: 24). En lo sucesivo esto cambiará en las formulaciones:

Luhmann en su disertación doctoral pone el acento —subrayada también en el libro sobre los derechos fundamentales (1965a: 24, 153ss.)— en la diferenciación entre política y administración, todavía más exactamente: "la diferenciación entre política/público/personal como mundos de administración comunicativamente separados". El problema es conservar esta diferenciación y ésa sería la función de los derechos fundamentales (1966a: 27s.).

-Y todavía más tarde: "el problema de la conservación de la diferenciación social y del aseguramiento del campo de acción apolítico se solucionará (y se tendrá por solucionado) por el derecho liberal y por su concepción de Constitución" (1972/ 1983: 281) con la institución de los derechos fundamentales. ¿No concede aquí la tesis de la salvaguarda de la diferenciación ninguna función

a la estructura social? ¿Debe aquí únicamente la semántica liberal (con su concepción de Constitución) pensar así, y la pregunta socio estructural quedar abierta?

-Una tercera formulación en el mismo libro habla en contra: "Los mecanismos societarios más importantes (verdad, amor, poder, satisfacción de las necesidades), al ajustarse a su función específica, pierden la medida interna de su propia consideración. Deben ahora mantenerse en los límites construidos socialmente (y que para ellos son límites externos a su libertad) en los linderos de lo socialmente aceptable. Con relación a este problema Luhmann interpreta la función de los derechos fundamentales (1972/1983: 192).

La afirmación se hace inicialmente como hipótesis. Luhmann confirió siempre valor a la hipótesis como forma de verdad y a la comprobación empírica de las afirmaciones sobre la realidad en un doble sentido: la realidad de la estructura social y la realidad de la semántica (p.ej., 1965a: 113, 195,198). Para esto (cuando no se trataba de hipótesis) se sirvió, en sus escritos sobre los derechos fundamentales, y hasta al final de su obra, de estudios de caso como método de replicación en vez de como como método representativo —como después Robert K. Yin (Yin 1984/1994)— conceptuó: *replication logic vs., sample logic*. Un caso puede llevar a la falsación de afirmaciones particulares y puede servir para apoyarlas. Otras investigaciones pueden enlazarse a otros casos (o a los mismos) y llegar a resultados distintos. Luhmann trató metodológicamente el caso de 'los países en desarrollo' como 'caso de desviación' para conducir la hipótesis central de los derechos fundamentales (1966a: 27s, vid. III 1.).

¿Utilizó Luhmann en el libro de los derechos fundamentales (1965a) un concepto de diferenciación funcional que no significara diferenciación de roles? La investigación histórica de Andreas Goebel sobre su obra sostiene que la teoría de Luhmann sobre la diferenciación es, desde 1965, teoría de la diferenciación del sistema, dado que el sistema ya no se determina por la distinción todo/partes, sino por repetir en el sistema la distinción sistema/entorno. De cualquier manera Luhmann piensa allí primero en 'diferenciación sistémica que en diferenciación de roles' —así Goebel 2000: 114, allí subrayado. Tyrell reconstruye la historia de otra manera, esta-

blece el cambio hacia la diferenciación sistémica a partir de 1977 (1999). Para la hipótesis de apuntalar —en el libro de los derechos fundamentales— la diferenciación funcional, parece haber diferencia si se aprehende la diferenciación como diferenciación de roles o como diferenciación sistémica. Aunque, para comprobarlo, se vuelve más importante el paso que da Luhmann (con el cambio hacia la autorreferencia) al concepto de clausura del sistema (vid., adelante sección d), que el paso de la diferenciación de roles a la del sistema.

b. Diferenciación sociedad/organización/interacción

La introducción de Luhmann de la tipología sistémica (sociedad/organización/interacción) data de antes de 1972 (Tyrell 2006: 305s.,cast. 2010). Luhmann habla frecuentemente (1965) de orden social cuando nombra al sistema cuyos subsistemas o 'sistemas parciales deben ser, p., ej., la política y la economía, aunque nombra también a la sociedad (p.ej., 1965a: 30,194). Dado que él ve subsistemas (no como organizaciones) y presupone otro tipo de diferenciación (ya que electores o demandantes que pertenecen al sistema político y subsistemas de la sociedad que quedan referidos a problemas no tienen que ser personalidades particulares u organizaciones 1965a: 194s.)", me parece a mí que ya está presente un concepto de sociedad distinto a la organización (¿y a la interacción?): el sistema societario completo plenamente diferenciado (1965a: 198).

Cuando Luhmann en el congreso de sociología de 1968 y como declaración de entrada al debate Habermas/Luhmann formula: "Todavía de manera más aguda: la sociedad es aquel sistema social que institucionaliza la forma última alcanzable de diferenciación funcional" (1969/1971: 15) ¿qué es lo distinto al orden social o a la sociedad en el libro de los derechos fundamentales de 1965?

c. Autorreferencia/heterorreferencia

Esta distinción, subordinada al pensamiento autopoiético (Goebel 2000: 169ss), entra por primera vez en la teoría de Luhmann a principios de los años 80. Su principal repercusión sobre la teoría de la diferenciación social radica en la distinción código/programa.

El código binario de todo sistema funcional clausura al sistema, mientras que la programática se encarga de mantenerlo abierto. En el libro de los derechos fundamentales hay, de hecho, indicaciones de que Luhmann piensa los sistemas abiertos con inputs y outputs (1965a:174), aunque esto, así formulado, no parece tener ninguna consecuencia para su tesis central de que los derechos fundamentales ayudan a asegurar el orden social funcionalmente diferenciado.

Pero surgen otras consideraciones: cuando los códigos binarios regulan en un sistema funcional la pertenencia de la comunicación y cuando dichos códigos —aunque indispensables —de ninguna manera son la única característica de los sistemas funcionales— se duda cuándo puede hablarse de falta de diferenciación o desdiferenciación. El libro de los derechos fundamentales parte de un concepto de desdiferenciación en el cual el sistema político invade a otros y hace peligrar la diferenciación funcional. Aquí, al parecer, se piensa en determinaciones (atribuidas causalmente) de estados del sistema como amenazas contra la 'autonomía'. Con el nuevo concepto de autonomía —que expresa la clausura a través del código y la apertura se deja a los programas— debe verse esto en forma distinta, aunque existan casos extremos en los cuales las invasiones puedan llevar a la supresión de la clausura autopoiética de los sistemas funcionales (Luhmann 1993: 81s.=cast. 2002). Quizás a esto se deba que la relación más estrecha con la teoría de los derechos fundamentales de Luhmann, la teoría constitucional de Karl Heinz Ladeur, en algunas formulaciones no parta ya más de la función de los derechos fundamentales de asegurar el orden funcional diferenciado (vid. IV 2).

Otra consecuencia: la introducción de la codificación binaria lleva a la teoría a la hipótesis de que hay esencialmente más sistemas parciales del orden social que los que Luhmann, en el libro de los derechos fundamentales, toma prestados de Parsons, cuyo número problematiza con cautela, es decir, que menciona como problema empírico (1965a: 195). De cualquier manera, junto a la política, la cultura y la economía él refiere —cuando no remite a Parsons— a la familia, a la medicina, al derecho y, por supuesto, a la religión (1965a: 33, 199s.), también allí: "y demás campos" y p.

37: "cuando menos cuatro esferas". El muy simple orden funcional parsoniano de los sistemas sociales —compuesto por la economía, la política y la cultura— fue, en todo caso, ampliado desde 1965 (cfr. p.ej., 1972/1983: 190s., 334). Luhmann, al final de su trabajo teórico menciona trece sistemas funcionales: turismo, deporte, ejército, religión, educación, investigación ('ciencia'), medios de masas, arte, economía, política, medicina, intimidad (algunas veces 'familia') y derecho. Aunque los primeros sólo quedaron esbozados y nunca fueron sometidos a investigación (turismo desde 1972/1983: 334, ejército desde 1970a: 36s. –ambos ya no desde los años 1990, aunque sí el deporte 1990a: 26). ¿Aseguran los derechos fundamentales este orden total?

d. Normatización/institucionalización/formación de roles

El nombre del título 'institución' lo emplea Luhmann todavía diez años más en ese lugar prominente, sobre todo cuando nombra el carácter variable del consenso como institucionalización (1970b, 1974). En *Sistemas sociales* (1984=cast. 1991/1998) se encuentran ambas palabras, pero ya no en el registro por él confeccionado, y en los años 90 'institución' se ventila como concepto histórico en determinados planteamientos de teorías jurídicas y de ciencias sociales (p.ej., 1993-cast. 2002, 1997:-cast. 2007, 1996/2000). El concepto de institucionalización es para Luhmann claramente herencia de Parsons, y en 1974 utiliza él, de nuevo, de manera consciente, la conceptuación parsoniana incluso en un tema específico, la institucionalización religiosa (1974b) —a petición quizás del editor norteamericano del cuaderno especial de la revista católica en donde él escribía. En algunas variantes de la teoría luhmanniana encaja también el concepto de instituciones de Arnold Gehlen. Después de que Luhmann recompone ampliamente la teoría de Parsons y que ya no necesita fundamentaciones antropológicas (por ejemplo, las de Gehlen), queda un vacío en la arquitectura de teoría, pero ¿encaja allí la institucionalización a) como condición de generalización de las expectativas más allá del lenguaje (así 1965a: 12s., 32ss, 36, cfr. Goebel 2000: 113) o b) como condición especial para lo social junto a la normatización para formar en el tiempo roles de generalización objetual (así 1965a: 13, 85ss,

1972/83: 64ss., 94ss., 260ss.)? Ya en el ensayo sobre la conciencia se postula que la formación de la norma y la institucionalización deben distinguirse. Se dan juicios normativos que no pueden institucionalizarse: “La conciencia... puede volverse el imperativo categórico del dandi” (1965 c/1981: 338), por consiguiente, no necesita suponer consenso.

Tanto la idea de que la generalización es un logro más allá del lenguaje como la distinción temporal/objetual/social de las dimensiones, se mantienen en la teoría. Aunque Luhmann evade más tarde (después de 1974, cfr. 1981a y 1993=cast.2002) la palabra institucionalización. Expresa el logro general de la generalización y el mecanismo especial de lo social de otra manera, y remite en el registro (1993=cast.2002) “al respaldo social del derecho”. Esto se apoya en el hecho de que el concepto de institución permite un sinnúmero de asociaciones no claras y que uno no puede confiarse a sus clarificaciones. Se tomaba, en 1970, por circunloquio de institucionalización el “consenso esperado de un tercero cualquiera”. Con todo, para muchos (entre otros, para Schelsky) Luhmann pertenecía en aquel entonces al “genuino nuevo institucionalismo del realismo jurídico” —que Münster celebraba en Schelsky el último paraje de aplicación (F. Simon 2001).

El ulterior asistente de Gehlen atribuye a Luhmann motivos científico-políticos para distanciarse de la herencia gehliana. Luhmann no quiso, por razones de reputación, ser identificado con un representante de la “escuela sociológica de Leipzig” (Rehberg 2005). En efecto, Gehlen —después de haber encontrado su modus vivendi al lado de Adorno— en 1969, con una crítica moral y un diagnóstico del tiempo basado en la teoría de la decadencia, puso en su contra no sólo a Habermas sino también a su primer asistente Schelsky, el apoyador de Luhmann, haciendo una profesión de fe por las instituciones (Lepenies 2009). Puede ser que Luhmann en lo sucesivo haya procurado evitar la palabra ‘institución’. Pero ¿por qué es eso importante cuando ya no necesitaba el término y cuando él desarrolla su propia terminología de institucionalización en la suposición y apoyo del consenso, sin recurrir a la palabra equívoca y desacreditada de institucionalización (1993: 261s., 322s., 121s.=cast. 2002)?

e. Planificación/Evolución

La distinción desarrollo/planificación, creación, etc., por un lado, y evolución, por otro, no es todavía clara en las primeras fases del pensamiento luhmanniano. Sale a luz sobre todo en 1979, entre otras cosas en un ensayo sobre la evolución del sistema jurídico (1970c/1981). En el libro de los derechos fundamentales, el cambio social como desarrollo (otros hablan de modernización) parece tener todavía para Luhmann un fin, a saber, la diferenciación funcional (subrayado en el libro). Él habla sobre todo de amenazas de desarrollo regresivo (p.ej.1965a: 1981), emplea, pues, la diferencia entre progresión (desarrollo)/regresión, y no el lenguaje de las conquistas evolutivas, como después utilizó en su último ensayo sobre las Constituciones (1990b). Dichas conquistas no implican un plan, un fin de la evolución (cfr. 1997: cap.3 VIII). En el argumento de Luhmann de la regresión se enlazan interpretaciones normativas a la tesis central sociológica de los derechos fundamentales. Este pensamiento sobre el desarrollo puede, sin temor, sustituirse por un pensamiento evolutivo, sin que la tesis central de la función de los derechos fundamentales —como aseguramiento contra la desdiferenciación— quede tocada. La desdiferenciación no es únicamente para la sociología algo no-deseado, sino algo que pasa en la evolución del orden social y puede describirse. A la teoría política (filosofía) —en el sentido de teoría política dentro del sistema político (y no dentro del sistema de investigación) de la sociedad— le queda el campo libre para explicar la desdiferenciación como catástrofe para los seres humanos del mundo occidental y para contraponerle un liberalismo moderno. La descripción sociológica de Luhmann sobre la modernidad —como descripción de conquistas evolutivas que no pueden dejarse perder— puede tomarse como ayuda (así Thornhill 2008). Luhmann, después, señaló algo así como subvenciones sociológicas a la teoría política (1981: cap.xvii=cast. 1993). Precisamente en las guerras defensivas (cebadas por la religión) de los movimientos de protesta en contra de tendencias teocráticas, se subraya la diferenciación de numerosas esferas de la sociedad. En todo tipo de fundamentalismo cristiano (judío o islámico) estas esferas se fusionan y sobre ello se fundamentan las visiones de los movimientos de protesta.

f. Comunicación/conciencia psíquica

Aunque Luhmann, en el libro de los derechos fundamentales, no se distancia de la teoría parsoniana de los sistemas de acción, se vuelve claro —por el empleo frecuente de la comunicación como característica de los sistemas sociales (cfr. sobre todo 1965a: 21, 46s.)— que él se encuentra en el salto de la teoría parsoniana hacia algo nuevo. Los conceptos de sistema y de teoría de la comunicación están en el marco de referencia de una teoría diferente ya implícitamente contenida (1965a: 20). La conciencia especial, psíquica, no está tan claramente delineada como quedará, después, en el libro *Sistemas sociales* (1984: cap.7=cast.1991,1998). En todo caso, gracias a la teoría de los roles, se despide la antigua antítesis entre 'individuo y colectividad'. El procesamiento del sentido parece concebirse como aquello común entre procesos psíquicos y sociales (1965a: 25), aunque todavía sin recurrir directamente a Husserl, cuyos pensamientos correspondientes Luhmann menciona en otro contexto (1965a: 215s.).

g. Persona/ser humano

El ser humano, en singular colectivo, como aparece frecuentemente en el libro de los derechos fundamentales (1965a: 48, 75 etc.), se sustituye por el plural de 5 o 6 mil millones de seres humanos. En 1965 todavía no se reconoce aquel humanismo que Luhmann después expresamente detesta, en el sentido de explotar la imagen del ser humano. El ser humano empírico es tenido por éticamente utilizable como imagen ideal del ser humano (1965a: 74). Y los seres humanos, como cuerpos y como psiques, no son parte de lo social (no en 1964/1995: 25, 382s., cfr. también 1965a: 54, 104 y más claramente 192s.,1966a:22). En todo caso, en el libro de los derechos fundamentales, no sólo se toma en cuenta en la diferenciación social la formación de subsistemas sociales. Eso consta en la crítica de Luhmann a la construcción parsoniana de 'formación de subsistemas tipo cajas chinas' (1965a: 104), sin sacar de allí la consecuencia de que entonces la 'sociedad' está formada por sistemas sociales y otro tipo de sistemas.

La existencia de seres humanos en lo social quedará más tarde denominada como persona y, en el libro de los derechos fun-

damentales, exhibida como presentación comunicativa del sí mismo (sobre todo 1965a: 53, 129ss.). Precisamente la autopresentación de una persona 'es todo menos que su propia obra', formula Kieserling (1999: 121) —aunque sea alguien que despliegue comunicación. "La autopresentación no es otra cosa que observación de la persona" (Kieserling 1999: 120s.). Con el término persona Luhmann abstrae la autopresentación, la lleva a concepto exacto y la sitúa, después, en su respectivo sitio de teoría (cfr.1991-cast.1998). Con la expresión persona ya no se trata más de la representación de un sistema-persona enlazado, como en Parsons, a un sistema de acción individual-personal —como Luhmann sostiene todavía en el libro de los derechos fundamentales (p.ej. 1965a: 35, 82) para distanciarse de otros (1965a: 104, 192s.). ¿Tiene eso repercusión sobre la hipótesis funcional de la dignidad, libertad y conciencia como derechos fundamentales? ¿Qué función podría llenar este complejo de tres expectativas después de la nueva teoría? No puedo aquí extenderme. Teubner ha criticado recientemente la 'funesta igualdad de persona y ser humano en el concepto unitario de garantías individuales'. No distingue 'suficientemente entre garantías de la libertad de comunicación, por un lado, y garantías psico-físicas de integridad, por otro' (2006: 175).

h. Libertad/transmitida por el pasado

En el libro de los derechos fundamentales aparece la libertad de elección como contra-concepto frente a 'ataduras demasiado drásticas y estrechas' (1965a: 133, cfr. también 63,88, 91, 135). Esto parece estar cercano a la distinción —rechazada después por Luhmann— de libertad/coacción, aunque sin quedar cubierta por ella (cfr. crítica 1965a: 32). En su lugar Luhmann pone un concepto de libertad que parte del hecho de que en todas las direcciones del mundo (aun en siervos y esclavos) 'tal como es' —es decir, como aparece dado comunicativamente por el pasado— las libertades puedan interpretarse como alternativas de futuro, las cuales pueden atribuirse a decisiones de una persona (cfr. 1997: 1032s.=cast. 2009). En lenguaje constructivista desarrollado a partir de los años 80, esto se formularía: 'Las libertades se construyen en el mundo tal como es' (1997: 76 ss- port. 2002, de manera similar 1997: 1033=cast. 2009).

En el libro de los derechos fundamentales se trata, sin embargo, de 'libertades' (no como se dan) sino —de manera desontologizada (cfr. Clam 1997: 107)— como 'oportunidades de expresión de la personalidad' (1965a:79, cfr. 60ss) —es decir, como aquello que puede observarse en la comunicación. En el lenguaje usual de hoy: aquello que allí se construye. Las libertades son ya, desde entonces, cuestión de 'atribución' al sistema o al entorno (1965a:63s.,78). La concepción de libertad del libro de los derechos fundamentales puede, sin más, leerse como si la última concepción teórica de Luhmann sobre el tiempo (futuro/pasado) pudiera tomarse en cuenta. Para la descripción sociológica de los derechos fundamentales no hará ninguna diferencia, pero quizás sí para las construcciones de la dogmática jurídica.

i. Normatividad/cognitividad y teoría científica/teorías de reflexión

Después de 1965 —aunque antes de 1969— Luhmann comienza a precisar el concepto de expectativa normativa. En conexión con un concepto psicológico de Johan Galtung distingue expectativas que por desengaños pueden abandonarse y con cuya decepción se aprende, de expectativas normativas (incapaces de aprender) que se sostienen por encima de los desengaños (1969/2008, 1972/1983: 40ss.). Con esta distinción Luhmann precisa, en escritos posteriores, que en la conciencia se trata de 'autonormatividad' (1970a, 1973a).

Ahora vemos también, por un lado, ciencia en el sentido de la ciencia anglosajona o francesa, cuyo estilo de expectativa es cognitiva (con hipótesis que, si se refutan, se abandonan); y, por otro, distintas disciplinas académicas que, por ejemplo en los Estados Unidos, se llaman humanidades y derecho y, en Francia, ciencias humanas y derecho. Aquí se encuentra también un tipo de pensamiento normativo.

La utilización práctica del derecho (como por ejemplo en la jurisprudencia y en la dogmática e incluso, antes, en la preparación de las normas) trabaja por lo general de manera normativa y no con hipótesis de interpretación que, sin ser capaces de verdad, puedan refutarse con buenos argumentos. Con ello, muy pronto después del libro de los derechos fundamentales, Luhmann establece con

mucha claridad la pregunta: si la sociología reclama ser capaz de verdad —por ejemplo, en afirmaciónes sobre la función de los derechos fundamentales— ¿cómo pueden estos enunciados convertirse en afirmaciones normativas de la jurispudencia academíca? En el libro de los derechos fundamentales esto todavía no se ve de manera problemática. La jurisprudencia, igual que la sociología, es sin duda 'ciencia' —como se dice en la zona de habla alemana. Pero con ello no parece darse una especie de continuo de verdad entre sociología y dogmática jurídica producida académicamente. Ciencia es aquí sólo la designación de disciplinas académicas —de manera distinta a como, después, se considerará la descripción de la ciencia en el sentido de investigación como sistema funcional (1990=cast.1996). En el libro de los derechos fundamentales se percibirá —en la capacidad de verdad de las afirmaciones científicas— una distinción y un cisma entre ciencias empíricas y normativas (1965a: 39) o ciencias de la decisión y sociología (1965a: 202ss.). Luhmann quiere empezar a 'rellenar ese foso divisorio' (1965a:10). Allí permanece indeterminado lo que podría ser la prestación de la sociología a la dogmática: quizás se trate de fecundar la dogmática jurídica (1965a: 10, 12). Propone que la sociología, en lugar de ofrecer una interpretación con fines de jurisprudencia, participe en el retocado de la legislación (1965a: 209s.).

Luhmann, muy pronto, se volverá todavía más escéptico. No sólo remite a la división del trabajo entre ciencias sociales y disciplinas de la decisión, sino ve también, cuando la ciencia social se entremete, una sobrecarga de complejidad de la decisión jurídica (ya en 1966, más completamente en 1969/1981). Y con el cambio al derecho como un sistema propio de la sociedad y la clausura conforme al código de los sistemas funcionales, la dogmática jurídica y la filosofía del derecho (en Alemania frecuentemente designadas como teorías del derecho y, en Francia, como théorie générale du droit) se convertirán en teorías nativas del sistema de derecho —aunque no inmediatamente después del libro de los derechos fundamentales (todavía diferente en 1974b: 13,19=cast 1983). A las teorías sobre la unidad y la función del derecho (y de otros sistemas funcionales), en las cuales la premisa de la formación del sistema no se pone en duda, las llama Luhmann teorías de reflexión —teorías en donde

se elaboran las autodescripciones del sistema. La relación con heterodescripciones y con teorías ajenas al sistema-de-investigación, incluyendo a la sociología, será designada como posible irritación mutua. Preguntas de problematización y resultados de las disciplinas jurídicas-académicas pueden causar irritación en las ramas de las ciencias sociales, y viceversa. En todo caso, entre la política y el derecho, se encuentran las Constituciones como acoplamiento estructural (1990b, 1993: cap. 10=cast 2002), pero entre derecho e investigación hace falta una disposición análoga a la Constitución. El derecho y la política están en libertad de desconocer las opiniones científicas. La sociología puede medir eso (medir incluso que haya en la actualidad aversión contra la sociología), 'pero no puede introducir ningún efecto significativo de irritación' (1990b: 220, similar 1986, cap.VIII=cast.1998). En todo caso, las teorías sociológicas y la teoría de reflexión sobre el derecho podrían llegar a estimularlo mediante la observación de sus diferencias, pero no de lo idéntico (1986, cap. VIII=cast. 1998).

Esta hipótesis de Luhmann de ausencia de irritación puede investigarse. Pero también con este concepto bien se podría postular que la dogmática jurídica y la teoría de reflexión deben construirse sin tomar contacto con la realidad. Y tanto más cuanto las teorías de reflexión de ninguna manera son teorías normativas, sino que incluyen afirmaciones cognitivas. Con el concepto de teorías de reflexión se incorpora la simple contraposición entre disciplinas académicas normativas/no-normativas. En esa medida el libro de los derechos fundamentales es también actual como intento de aportación a la jurisprudencia y a la legislación de los derechos fundamentales y a la reflexión del derecho como sistema. Se trata de posibilidades de irritación y también de recomendaciones de cómo la dogmática de los derechos se vuelve una interpretación adecuada de la sociedad moderna —como Luhmann siempre lo formuló para las dogmáticas (cfr. 1974:Cap. VI=cast.1983) y parte de las teorías de reflexión. En una de sus últimas lecciones formula: 'La tesis es, sobre todo, que la forma de la diferenciación... limita las plausibilidades semánticas' (1992/2005: 290). Luhmann trató de observar, desde finales de los años 70, el contexto entre estructura social y teoría con ayuda de la distinción estructura-social/semántica. El problema de esta distin-

ción consiste en que, en la sociología luhmanniana, la semántica debe contar como estructura social.

j. Estructura social/semántica

Después de la muerte de Luhmann se ha discutido mucho la distinción —asignada por él mismo a su serie de libros— estructura-social/semántica (desde las investigaciones de Stäheli, cfr. Stichweh 2000 y Goebel 2000:156ss.).[17] Este dual es en Luhmann continuación de otras duplicaciones de la realidad: como —desde la antigüedad— hablar/actuar, ideas/realización, supraestructura/base (Marx), discurso/prácticas no-discursivas (Foucault), cultura/estructuras no-culturales, etc. Con esta distinción podemos ver todavía con más claridad —que con aquella del libro de los derechos fundamentales— que la temática de los derechos fundamentales en el texto de la Constitución (o de las Constituciones latinoamericanas) se basa en la estructura social por partida doble:

- en el primado de un orden social funcionalmente diferenciado, con modificaciones regionales, por ejemplo distinguiendo a Europa de Latinoamérica, y
- en la existencia o ausencia (con modificaciones regionales) de derechos fundamentales como estructura social, por ejemplo, la propiedad, que debe estar presupuesta mediante consenso, esto es, en el lenguaje de Luhmann de 1965 a 1974, que se ha 'institucionalizado'.

Mediante la acentuación de este lado de la estructura social de los derechos fundamentales, Luhmann quiere separarse del punto de vista jurídico que sólo toma en consideración la semántica y, en todo caso, que sólo observa o anticipa observando las consecuencias (o no consecuencias) de la realidad social y las condiciones de su trabajo semántico: por ejemplo, que se asesina a gente o que se las silencia

[17] Serie aparecida en 1980; el tomo 4, en 1995. De manera póstuma André Kieserling en 2008 sacó a luz otro volumen con el título, E*volución de las ideas*. De la serie sólo ha aparecido en otros idiomas —como el inglés o el español— la investigación sobre la semántica del amor y su base socio-estructural (1982=cast. 1985).

o que se las obliga a practicar en secreto sus convicciones. En este sentido habla Luhmann del mundo 'sin derechos fundamentales' del Este (1965a: 198), aunque con eso no quiere decir que falten los derechos fundamentales en los textos de los países comunistas. Aún hoy, la diferencia entre semántica y estructura social de los derechos fundamentales se expresa mediante la distinción política-simbólica/ política-material (Edelman) y se observa en Latinoamérica 'constitucionalización simbólica' (Neves 1998). Luhmann pudo aquí también haber sugerido para el análisis la muy rica variante de Brunsson: la distinción *talk/decision/action*. Hay discurso de Constitución (*talk*), incluso hay Constitución como programa de decisión decisivo, pero el programa no tiene nada que ver con ciertas consecuencias esperadas del Estado constitucional como institución.

El concepto de institución, en el libro de los derechos fundamentales, es el que lleva la función de acentuar la estructura social —junto a la referencia de la forma de diferenciación de la sociedad. Institución no es concepto mediador entre lo normativo y lo fáctico, como en algunos entendimientos jurídicos, sino representante de la estructura social (a diferencia de la semántica). Luhmann pensó alguna vez cómo hubiera retitulado sus primeros libros. Le parecía, por ejemplo, que el libro *Legitimación mediante procedimiento* se hubiera prestado a menos malentendidos si se hubiera titulado *Diferenciación mediante procedimiento*. Para el libro de los derechos fundamentales hubiera sido un título más conveniente *Los derechos fundamentales como estructura social*, porque la hipótesis central del libro se dirige justo a la relación entre dos estructuras sociales, la de los derechos fundamentales y la de la diferenciación social. A esto se añade que la semántica jurídica y política de los derechos fundamentales viene de nuevo a tomar parte en la praxis jurídica de los juzgados, de las autoridades que representan al pueblo y de los bufetes de abogados —cosa que la sociología puede observar también como comunicación socio-estructural.

La distinción de Luhmann semántica/estructura-social se lee con frecuencia junto con su programa de investigación sobre la correlación del desarrollo de la diferenciación social y la semántica. Una investigación sobre los derechos fundamentales —que pertenece a este programa de investigación— es el que Luhmann

emprendió sobre el origen de la propiedad (1987/1991). Y en el libro de los derechos fundamentales se dice brevemente que la inclinación hacia el conflicto en el concepto alemán de Estado (criticada ya por Dahrendorf) ha sido superada por 'el estado de desarrollo de la diferenciación social' y, por consiguiente, se ha vuelto utópica (1965a: 16). A eso se añaden extensos análisis semánticos (caps. 2. y 3.) sobre las teorías de la jerarquía de las leyes, sobre la separación entre Estado y sociedad, así como sobre la fundamentación iusnaturalista y de las ciencias filosófico-humanistas de los derechos fundamentales. Toda esta investigación es inmanente a la semántica aunque relacionada con la estructura social. El libro de los derechos fundamentales puede mirarse en esa medida como antecedente de las posteriores investigaciones semánticas emprendidas por Luhmann a partir de 1980.

III. ¿Los derechos fundamentales como derechos universales?

1. Derechos nacionales en otras regiones del mundo

Desde el libro de Luhmann sobre los derechos fundamentales, el catálogo alemán de las garantías individuales se ha institucionalizado por ley de otra manera —debido sobre todo a las opiniones escritas y a las decisiones del Supremo tribunal constitucional y del Legislativo. Otros Estados europeos y algunos que pertenecen a la OECD tienen una configuración distinta sobre los derechos fundamentales. A ello se añade la protección europea a los derechos fundamentales a través de un tribunal, que desde finales de 1953 fue refrendado como vinculante por diez Estados europeos en la 'Convención europea de los derechos humanos'. Esto de ninguna manera menoscaba los análisis referidos a otras configuraciones o a la protección alemana ampliada en su función de desdiferenciación como formulación del problema. Eso que Luhmann, ya desde el libro de los derechos fundamentales, llama orden social o sociedad no lo ve expresamente como sociedad alemana —aun cuando sólo a partir de 1971 hable de sociedad mundial. En todo caso, el libro

puede leerse de manera retrospectiva como caso de estudio de una región (Alemania del oeste) dentro de una región del mundo con derechos fundamentales institucionalizados.

La distinción inclusión/exclusión —que desde 1990 se va instalando fuertemente en el trasfondo de la teoría— y la observación de exclusión en Europa (el sur de Italia y la región no-industrializada de Gales en la Isla Británica, casos tratados por Luhmann) no signfican para el análisis otra cosa que la existencia de enclaves más o menos territoriales en donde la comunicación no está, en muchos ámbitos, diferenciada como en Europa. Cuando se trata de conservar las estructuras de la diferenciación funcional (que circundan a las zonas de exclusión), puede también investigarse qué derechos están expuestos a riesgos de exclusión: ¿Serán los derechos fundamentales 'sociales'? ¿Será la garantía de dignidad de los seres humanos?

Otra cosa muy distinta es la consideración de otras regiones del mundo fuera de la OECD (Japp 2007). Por mundo de la OECD se entiende los miembros plenos que allí prevalecen, exceptuando México y Turquía. Luhmann, en el libro de los derechos fundamentales, remite en muchos lugares a lo que en ese tiempo se llamaban países en desarrollo (1965a: 18, 95s., 99s., 160s. etc.). Él siempre mantuvo ese interés, desde que tempranamente se ocupó de la *comparative public administration* hasta el final, donde sobre todo se fijaba en Latinoamérica, región por él muy estimada no sólo como lugar para viajar (cfr. 1990b: 212ss., 1992, 1997: p.ej.169, 632=cast.2009). Para estas regiones de la sociedad mundial hay una amplia duda de en qué medida descripciones situadas fuera de las zonas de exclusión —zonas con estructuras predominantemente segmentarias o incluso zonas con tribus sin contacto con la civilización— y el mantenimiento de la diferenciación funcional como fórmula del problema, sean adecuadas para analizar los derechos fundamentales en documentos jurídicos.

No se duda allí que estas regiones estén incluidas en la sociedad mundial por medio de la ciencia, de las religiones mundiales, del arte mundial, del deporte y de la economía y, parcialmente también, por medio del derecho mundial (derecho comercial, derecho de intenet, derecho de los pueblos) y de la política mundial (relacio-

nes internacionales y organizaciones internacionales de comercio). Debe también considerarse que la comunicación de la intimidad y, en muchos sitios, la religión puede observarse diferenciada de la política y del derecho. Pero la diferenciación inversa entre derecho, economía y política es discutible (cfr. Neves seit 1992, Holzer 2006, Japp 2007). Con ello salta la duda de si las designaciones correspondientes a los aparatos de Estado (empresas, tribunales, bufetes de abogados), sean organizaciones en el mismo sentido en que las encontramos en el mundo de las OECD. Las dudas cercanas a estas diferencias remiten, la mayoría de las veces, a investigaciones apoyadas en la sociología weberiana sobre la forma neo-patrimonialista de las estructuras periféricas de Estado.

Luhmann, en su disertación doctoral y también en el libro de los derechos (1965a: 148ss.), colocó el acento en la diferenciación entre política y administración, todavía más exactamente, "en la diferenciación entre política, público y personal como mundos administrativos comunicativamente separados". El problema es conservar esta diferenciación con ayuda de los derechos fundamentales. Y entonces, bajo advertencia de la investigación comparativa de aquel tiempo entre política y administración, se lee: estudios sobre la burocracia de países en desarrollo han puesto de manifiesto que el primado de orientación del personal a otros entornos de la administración, a saber, público y política, "no se entiende de por sí y no se deja prescribir, sino requiere una prestación de orientación que sólo es posible bajo condiciones complicadas y que es necesario institucionalizar mediante procesos sociales de largo plazo". Y: "las dificultades en los países en desarrollo de establecer una administración pública orientada objetiva y jurídicamente está menos en que no sea posible formular y diseñar normas de derecho. La principal dificultad parece consistir en que el estado de diferenciación social no permite separar institucionalmente política de administración. La burocracia debe necesariamente llenar funciones políticas, debe ella misma estabilizar su poder y legitimación y promover la 'estabilización política' del público. No puede descargar los deseos y críticas del público en un proceso político operante, sino debe ella *directamente* organizarlo (subrayado de Luhmann). Por eso de allí se desprende un estilo (problemático

desde muchos puntos de vista e incluso, para nuestras concepciones, desviado) de administración que para la situación dada tiene pleno sentido" (Luhmann 1966: 27s.).

Este tipo de confrontación, de no quejarse críticamente sino de analizar, determina también la nueva discusión de teoría de sistemas sobre las múltiples modernidades, principalmente sobre las 'periferias de la modernidad'. Con Luhmann (de 1966: 27s. hasta 1997: Cap.4 VII=cast. 2007) empiezan a ponerse de relieve las condiciones europeas y norteamericanas de largo plazo. Pueden, claro está, transferirse puros discursos políticos a las decisiones, como por ejemplo ven las Constituciones escritas. Pero con ello no se institucionaliza nada. No se puede en toda circunstancia disponer de atribuciones de consenso mediante decisiones constitucionales. Eso se consigue precisamente por medio de la diferenciación funcional (pero ¿sólo con ella?) entre política y derecho y con la correspondiente diferenciación interna de la política.

2. Derechos humanos

La dogmática alemana sobre los derechos fundamentales distingue entre derechos de los alemanes y derechos de todo el mundo, dependiendo de si alguien con nacionalidad alemana se ve obligado a acogerse a un determinado derecho fundamental. En el libro de los derechos Luhmann ve los derechos fundamentales como algo distinto a los derechos humanos, pensados como previstos para la eternidad. Dado que los derechos fundamentales resguardan un orden social contingente —orden que en Europa se construyó en cientos de años y que puede volver a desdiferenciarse— son todo lo contrario a 'derechos humanos eternos' (1965a: 23).

Más tarde es irónico cuando reflexiona por qué la idea de derechos humanos utiliza el concepto de ser humano: "desde el punto de vista jurídico es claro que aun los extranjeros quedan incluidos (1993: 574=cast.2008). Y debemos añadir que también los seres humanos apátridas —excluidos están los animales, excepto en Nueva Zelandia en donde a partir de 1999 se ha otorgado en parte a los monos derechos iguales que a los seres humanos. Lindemann ha investigado últimamente (2009) el contexto entre

la definición de ser humano y la diferenciación funcional, es decir, entre el límite de lo social y la modernidad del orden social. Califica al ser humano como institución, i. e., juzga el desarrollo histórico (entre otros, olvidarse de penalizar a los animales) como proceso de institucionalización. La garantía de los derechos humanos, la libertad de conciencia y la abolición de la tortura se ven como pasos hacia la institucionalización 'de este ser humano vivo perteneciente a este mundo', delimitado de manera cuádruple por lo no-social. El libro de Luhmann argumenta de manera incompleta: la 'delimitación' del ser humano se constituye en condición de la diferenciación funcional y, al revés, esta forma de diferenciación de lo social estabiliza la delimitación moderna de lo social frente a su entorno (2009: 105).

Britta Leisering (2008) rehace también la hipótesis de la desdiferenciación de Luhmann en una tesis sobre los derechos humanos (2008: nota 26), utiliza entonces un estudio de caso sobre intentos de emigrar a Francia para mostrar cómo el mantenimiento de la diferenciación funcional queda en manos del querellante: o demanda o no pasa nada. Al hablarse en Francia de derechos humanos institucionalizados no se trata de derechos globales, sino de derechos que deben observar los tribunales franceses. En esa medida, en Francia, no se necesitan derechos humanos que vayan más allá de los de todo el mundo. "La garantía de un Estado de derecho efectivo es frecuentemente un equivalente funcional del reconocimiento de los derechos humanos y los vuelve casi superfluos" (Luhmann 1993: 579=cast.2002). Las relaciones transnacionales de un Estado-nación se observan transnacionalmente cuando el derecho nacional es válido como cumplimiento del derecho internacional. Y aquí puede investigarse cómo este cumplimiento se vigila (cfr. B. Leisering 2008) y si las faltas parciales de un 'Estado de derecho efectivo' pueden nivelarse. Entonces las violaciones contra la ley pueden volverse violaciones 'contra los derechos humanos' (Luhmann 1993:579=cast.2002, 1993/1998: cap. II).

En los escritos tardíos de Luhmann se trata, bajo el concepto de derechos humanos, de derechos que no son útiles para el territorio de algunos Estados con 'Estado de derecho efectivo'. Luhmann es escéptico de que tales derechos se hayan impuesto en el mundo del

derecho, de tal suerte que cuenten con el consenso de un tercero cualquiera (en su terminología inicial, si están institucionalizados), aunque hace notar la crecida atención de los medios de masas, política y jurídica por las violaciones a los derechos humanos. Le sirven a él como indicador de la sociedad del mundo y especialmente de indicador para un sistema mundial del derecho (1993: 574=cast.2002). Desde el punto de vista sistémico-teórico estas violaciones cometidas contra muchos seres humanos (genocidios, masacres, desapariciones, expulsiones) se investigan actualmente bajo el aspecto de por qué se procesan tan poco por tribunales y más bien por 'comisiones de la verdad' (cfr. los trabajos de Kastner, p.ej. 2007).

Luhmann se interesa por la idea de una semántica política y jurídica de los derechos humanos desde el punto de vista jurídico transnacional con la esperanza de que lleguen a garantizar el supuesto general de un consenso. Los derechos humanos son para él algo como un "work in progress" (Moeller 2008: 129), 'protojurídicos' (1995), sobre todo porque no son sólo expectativa normativa de un aguardar normativo 'fuera del mundo establecido de las formas jurídicas' —es decir, porque no son sólo cosa de humanidad (incluso quizás contra el derecho, Luhmann 1992: 556=cast.2002), de ética primitiva o 'entusiasta' (1995). Las normas (y aun los mencionados derechos humanos) pueden sostenerse contrafácticamente (Luhmann nombra, por ejemplo, la Constitución en los EUA desde 1786), pero no bajo cualquier circunstancia (1993: 135=cast.2002). Él contrapone al 'fundamentalismo de nuestros días' (1997: 1022=cast.2007), inflado por los derechos humanos, un mínimo de dignidad humana (p.ej. 1997: 577ss=cast.2007, 1993/2008: 34), un derecho alemán de todos —que él talentosamente describe en el libro de los derechos y que intenta dogmatizar con ayuda de la sociología goffmiana (1965a: cap. 4). Aprehender los conceptos de manera estrecha para evitar su inflación y —para decirlo claramente— para evitar lo que excluyen, es el programa general de Luhmann. Él también plasma —en la Constitución alemana y en la sociología— una dogmática de la dignidad humana cuando con su concepto de poder (poder de amenazar) se distancia de los conceptos 'críticos' de poder, que sólo expresan atribuciones causales de la acción. Con Luhmann

no debe exigirse el derecho a una cuenta de banco (Alemania) o a una tarjeta de crédito (USA, Sudáfrica) o el derecho a casarse como derecho humano (1965a: 90, 96) —al menos todavía no. Y esto no sólo porque aquí no es la política quien pone en riesgo algo, sino por el peligro inflacionario y por los riesgos que vienen aparejados: darles demasiada importancia y elevar las expectativas de consenso. Esta delimitación del concepto de derechos humanos en Luhmann puede leerse tanto como reflexión teórica normativa como ciertamente sociológica: la institucionalización del derecho como 'acontecimiento fáctico' (1965ª: 13) es global precisamente porque se limita a las violaciones de la dignidad humana, ya que, más allá, la soberanía estatal (es decir, la competencia de los Estados nacionales) no encuentra límites para promover (o frenar) el bienestar de la persona en su territorio —al menos esta es la hipótesis comprobable empíricamente al final del siglo xx.

Luhmann pone en 1993, junto a la antigua hipótesis contenida en su libro de derecho, otra hipótesis que, especialmente para la semántica, sirve a la simbolización de la formación del sistema —ahora conceptuada como clausura del sistema. Los derechos humanos sirven a la semántica de mantener abierto el futuro —que ellos mismos deciden cuando incluyen— para la reproducción de los sistemas funcionales. Este futuro no puede limitarse por ninguna 'división, ninguna clasificación y sobre todo por ninguna clasificación política de los seres humanos', ya que el futuro —siendo impronosticable en cada presente— acontece sólo a causa de la autopoiesis y del *structural drift* de la sociedad, mientras que los seres humanos sólo pertenecen al entorno (1993: 115s.=cast.2002). Otro tema —no sólo de Luhmann— es la ampliación de la hipótesis central del libro sobre los derechos fundamentales. Algunos piensan en la función de los derechos fundamentales institucionalizados (que no se limita a la semántica ni anula la hipótesis funcional) de no sólo prevenir la desdiferenciación de órdenes sociales regionales diferenciados funcionalmente, sino de la sociedad mundial. Se afirma para ellos también un primado de la diferenciación funcional y esto, en verdad, independientemente de los huecos regionales (en África) y zonas de excepción de la institucionalización del derecho (Guantánamo/USA o asilos en aeropuertos/Europa) en el mundo

de la OECD", donde la diferenciación funcional se ha impuesto. Tres hipótesis de resguardo de la diferenciación son posibles:

—La diferenciación de la sociedad mundial se protege institucionalizando los derechos fundamentales mundiales, entonces podrían llamarse derechos humanos. Así entienden algunos autores (Moeller 2008: 128, Douzinas 2008:116s., Rogowski 2004, aunque de distinta manera, Clam 2006) la investigación que ha hecho Gert Verschraegen (2002, 2006). Dos disputantes, Moeller y Douzinas, hacen válido, frente a esta tesis vigorosa, el escepticismo de Luhmann. Verschraegen se previene (2002: 281) cuando señala que él no ha interpuesto la pregunta de 'cómo se implementan y apoyan mejor' los derechos humanos. Expresado esto en la terminología de Luhmann: derechos no implementados estarían mal institucionalizados cuando el déficit de implementación es evidente a los ojos de todos. Esta insuficiencia innegable debido a la falta de implementación pone de manifiesto que no puede contarse con consenso general. Luhmann se interesa por la institucionalización del derecho como 'acontecimiento fáctico' (1965ª: 15). Otra cosa es la defensa y el incrementado belicismo por los derechos humanos. Entonces en el fervor periodístico pueden filósofas reprocharle a Luhmann que hace al Estado 'pequeño' (como también lo hacen Habermas y Foucault) y no lo reconocen como amigo de los derechos humanos (Tönnies 2009, cfr., también 1995).

—Una tesis más blanda diría: el primado de la diferenciación funcional en la sociedad del mundo se basa sobre derechos fundamentales limitados regionalmente y sobre excepciones de derechos fundamentales institucionalizados nacionalmente, por tanto se basa sobre la protección de la diferenciación como sucede, por ejemplo, en Norteamérica y Europa. Se añade a ello, como condición de la diferenciación de la economía, el derecho a la propiedad (en esa medida, derecho humano), en todas las regiones ligadas a la economía mundial donde debe protegerse la inversión extranjera y el comercio. No veo nada que se oponga a esta tesis blanda. La diferenciación funcional es muy rica en variantes. No hay, en el plano de la sociedad mundial, Constituciones independientes de las estructuras segmentarias nacionales entre, por ejemplo, política y derecho, como acoplamientos estructurales entre estos dos ámbi-

tos. La posición de Verschraegen puede ser interesante si se emplea normativamente. Esto lo piensa Gregor Noll (2005), quien propone poner en el contexto de la distinción inclusión/exclusión la ampliación de Verschraegen sobre el libro de los derechos fundamentales de Luhmann. Los excluidos del derecho, algunas veces excluidos de los derechos fundamentales —como pueden ser habitantes de África, Asia o Latinoamérica, los emigrantes en los aeropuertos o en ciertos enclaves de Europa, los emigrantes forzados en Guantánamo— deben incluirse, esto lo exigen determinados textos jurídicos o movimientos políticos, pero con eso no se gana ningún consenso. Con Luhmann podría decirse: no se obtiene ninguna posición de consenso frente al proceso que acepta la exclusión. Y dado que el consenso no puede lograrse comunicativamente, ya que el consenso (precisamente de manera comunicativa) claramente difiere (por ejemplo: sí, para las organizaciones de los derechos humanos; no, para las autoridades de seguridad) cobra sentido el giro, delineado anteriormente por Luhmann, de apartarse de la institucionalización. Puede abiertamente distinguirse (cuando no se trata tan sólo de escalar) entre institucionalización fuerte y débil, y aprehender esta última como 'consenso de un tercero cualquiera', pero ¿no se llega a una institucionalización débil cuando se trata de encontrar consenso?

—la tercera posibilidad sería: no dar por suficiente —para observar cómo protegerse de la desdiferenciación en la sociedad mundial— la posición territorial delimitada de los derechos fundamentales (tesis 1) y buscar alternativas funcionales para protegerse de la desdiferenciación. Luhmann habla de que estos equivalentes funcionales son 'hasta ahora desconocidos' (1965a) —y yo no advierto ninguno.

IV. Consenso comunicado y disenso

Niklas Luhmann no sólo provocó discusiones en los ámbitos específicos de su investigación (teoría general de los sistemas sociales, teoría de la sociedad y teoría de la organización), sino también en todas las investigaciones externas de los ámbitos funcionales de la sociedad moderna. El sistema jurídico de la sociedad se estimuló,

por ejemplo, por la discusión de los escritos "Legitimation durch Verfahren", "Steuerung durch Recht" y la "Gerechtigkeit", sobre los cuales Luhmann hizo una réplica tomando posición. Puede aquí sospecharse que alrededor de esos temas se formaron sistemas de discusión (Luhmann 1971:316ss, concebida aquí con presencia de disputantes) o sistemas semánticos (Stichweh 2000).

Los escritos sobre los derechos humanos no levantaron ningún debate prominente[18] y sólo una nota de pie de página alcanzó la réplica de su autor (1973b: 15, frente a los "malentendidos" de Raiser sobre la diferenciación sistémica, política/economía). Esto se debió a que tales escritos explícitamente se referían a dos tipos de público, aportes a la sociología y aportes a la dogmática jurídica. Luhmann no sólo postula: "por eso, también, no debe diferirse más la interpretación sociológica de la determinación de los derechos fundamentales" (1965a: 36). Sino hace —aparte de la interpretación sociológica— afirmaciones generales sobre la dogmática del derecho y, como nunca después, incluso recomendaciones de interpretación. Puede uno enlazarse a las dos disciplinas incluidas en los trabajos con afirmaciones particulares distintas. Eso que Luhmann llama después estimulación entre la investigación y el sistema de derecho —aquí conceptuada como estimulación entre sociología sistémico-teórica y dogmática jurídica— en el libro de los derechos humanos va muy estrechamente unida al nombre de un autor y bajo la cobertura de un sólo texto. Comparable —en la obra total de Luhmann— a los derechos fundamentales son los escritos de su libro *La teoría política del Estado de Bienestar* (1981=cast. 1993). En él subvenciona Luhmann —como entonces lo dice metafóricamente— la teoría (reflexión) nativa de la política exponiendo brevemente su sociología política. O puede también pensarse que intenta estimular expresamente como lo pretendió con la reflexión teológica (1997/2000: 41): aparte de la antigua distinción sistema/entorno, con la nueva distinción forma/médium (distinción, Dios/entonces, alma como médium).

[18] Lo afirmo sólo para el ámbito de la lengua alemana, no para otros ámbitos en donde conocedores alemanes de la teoría de Luhmann publican en idioma distinto al alemán, sobre todo no lo sostengo para Japón e Italia, donde han aparecido traducciones del libro de los derechos fundamentales (1965a/1989 y 1965a/2002). Indicaciones sobre cruces con el libro de los derechos de Luhmann en Verschraegen 2006.

1. Sociología

Como 'aporte a la sociología política' (así dice el subtítulo) y como aporte a los análisis sociológicos que emplean el concepto de institución (institucionalización), el libro de los derechos fundamentales no tuvo éxito los diez primeros años en Alemania. La única confrontación que conozco (Rotter, p.ej. 1972) pone de manifiesto: ¿Por qué en el resultado definitivo (de carácter 'liberal') de la tesis sobre los derechos fundamentales de Luhmann se ponen entre paréntesis problemas importantes del cambio social? Esta confrontación pretende arreglar, con ayuda de consideraciones psicoanalíticas, 'que la sociedad se ponga fundamentalmente a disposición del desarrollo personal'. Aunque quedó sin adherentes.

La única recensión —fuera del ámbito de las revistas jurídicas— ve el valor del libro sólo para la sociología política: 'muchos pensamientos nuevos e iluminadores', pero para los juristas 'piedras en lugar de pan' (Hirsch 1967). A partir del libro de los derechos fundamentales, en la discusión marxista sobre el Estado, esta sociología política de Luhmann se ve junto a la de Max Weber (Kostede 1980: 20ss) como concepción alternativa a la teoría del Estado de Karl Marx. La sociología política restante no estuvo interesada y sólo se fijó en la teoría de Luhmann hasta 1967, cuando al presentarse a sí misma como teoría sistémica hizo suyo el tema de la Constitución. El libro de los derechos fundamentales permaneció oculto para los lectores (Ronneberger 1968). Hellmann utiliza en su monografía de los movimientos sociales la teoría de los derechos fundamentales de Luhmann, para darle contornos al concepto luhmanniano (1996: 168-177). Aunque lo señala como 'excurso', por tanto como digresión no necesaria sobre el tema. En los dos tomos sobre teoría política que aparecieron después de *La política de la sociedad* (1996/2000), falta en el índice bibliográfico o la valoración anunciada del libro de los derechos fundamentales (Helmann et al. 2003: 15, 253, 334) o suceden errores: no sólo que son cuatro los libros que se ocupan del sistema de la política, sino que el libro de los derechos fue el primero. Tampoco se encuentra en el libro de los derechos (como lo afirma Helmann et al. 2003: 9) un entendimiento teórico evolutivo de la Constitución (cfr. arriba II).

Por el contrario, los textos de sociología del derecho utilizan los escritos de Luhmann sobre los derechos como ejemplos didácticos muy ricos para una sociología jurídica aplicada e, incluso, para establecer un examen con formas de solución (Rotter 1980, cfr. más allá, de manera más completa, Clam 1997: parte 13 y Raiser 1972/2007: 134ss.). Por lo demás, el libro de los derechos fundamentales permaneció por mucho tiempo sin nombrarse: no siempre se cita en la bibliografía sociológica y ningún sociólogo escribe una recensión.[19]

Luhmann mismo tuvo poco interés en referirse al libro de los derechos fundamentales cuando ya había avanzado en sus pensamientos, por ejemplo cuando, cada vez más, destrozaba la arquitectura parsoniana, utilizada por él al principio aunque críticamente. Y aun los primeros libros de texto sobre la teoría luhmanniana intentan muy laboriosamente presentar el trasfondo y el nuevo estado del arte de su teoría (p.ej. Kiss 1973 / 1977). Aunque, para aspectos parciales, Luhmann —en cada uno de los tres libros sobre sociología del derecho, concebida según una teoría de la sociedad— se acoge, primero en forma provisoria y finalmente en forma final, al antiguo libro sobre los derechos fundamentales (1972/1983: 192, 1981a: p.ej.151s., 293, 1993:60=cast.2002).

En el ámbito de la lengua alemana faltó una continuación de los análisis luhmannianos sobre los derechos fundamentales con otros recursos sociológicos, por ejemplo con la teoría de la diferenciación weberiana ('diferenciación sin sociedad') y más tarde con los recursos neo-weberianos de Bourdieu o incluso con las nuevas distinciones introducidas por Luhmann. No hubo apropiación del método funcional del preguntar luhmanniano con la pregunta inoportuna por los equivalentes funcionales de los derechos funda-

[19] No se menciona el libro en la International Bibliography of Sociology (1965 hasta 1968, aunque sí allí, 1966, el escrito sobre la conciencia 1965c), pero sí en la bibliografía de la sociología alemana bajo la voz 'política' (Bette, ed. 1980: Nr.5311). Tampoco se encuentra ninguna recensión en las dos revistas sociológicas (1965 hasta 1968: Koelner Zeitschrift fuer Soziologie y Sozialpsychologie, Sociologia Internationalis), pero sí en una de las dos revistas interdiciplinarias de entonces (escrita por un jurista que también enseñaba sociología del derecho: E. Hirsch en: Soziale Welt 1967; asimismo ninguna recensión en el Jahrbuch fuer Sozialwissenschaft 1965 hasta 1968), aunque sí en una hoja de combate social-cristiana (Politisch-soziale Korrespondenz 1965, 24).

mentales para clarificar el problema de la des-diferenciación. Luhmann habla de alternativas hasta entonces (1965a) desconocidas. Finalmente ¿por qué y para quién la desdiferenciación es problema? Luhmann establece que "el orden diferenciado pretende solucionar de manera más efectiva el problema del ser humano en el mundo y llama a eso 'hipótesis científica sana'" (1965a:198). ¿Es efectiva, aquí y en otros lugares, la teoría de sistemas? ¿Es efectiva aquí la sola versión de Luhmann para la formulación del problema? O ¿en lugar de sólo sociología necesitamos también reflexión?

Del libro de los derechos fundamentales surgen distintas líneas de desarrollo para su teoría madura de los años ochenta y noventa. Se han nombrado cuatro hombres a quienes Luhmann más tarde dedica apartados especiales como padres de su teoría, Emile Durkheim, Max Weber, Talcott Parsons y Edmund Husserl —junto a muchos otros clásicos de la teoría social, de Aristóteles y Tomás de Aquino a Hobbes; de Locke y Hume a Descartes; de Kant y Hegel a Scheler; de Simmel, Malinowski, Mead y Schütz a Elias, Plessner, Gehlen y Goffman. Presente está como adversario el resto de la ontología occidental y el marxismo como teoría antecedente (1965a: 36). En la descripción general de la sociología Andreas Goebel y Hartmann Tyrell han ordenado el libro de los derechos fundamentales en tres líneas de teoría: teoría de la diferenciación funcional, teoría de la diferenciación sistémica (vid. 2 a. y b., también Tyrell 2008a: 60ss.,81, 96, 99, 136) así como teoría del individualismo (Tyrell 2008b: 75s.). A esto se añade la controversia política científicamente fundamentada con el nacional-socialismo y el estalinismo así como con el 'Estado total' —palabra clave: desdiferenciación (cfr. Tyrell 2006). Desde el punto de vista teórico de la teoría de la diferenciación, Tyrell presenta al libro de los derechos fundamentales en una raigambre impresionante que depende mucho más del marco de la tradición alemana (Wilhelm Dilthey, Max Weber) que de los casilleros de cuatro entradas de Parsons, cuya teoría está explícitamente construida a partir de Weber (2008a: 137s.).

Rememorando la sociología jurídica de Luhmann, Gephart construye el 'legado jurídico' de su teoría social. El libro de los derechos fundamentales es para él la prueba de que la teoría 'está en íntima dependencia del análisis del derecho' (1993: 97). La tesis de

Luhmann sobre la desdiferenciación muestra que el sistema jurídico (y no sólo los derechos fundamentales, K. D.) 'está especializado de forma destacada en la conservación de un orden social integrado de manera funcional y diferenciada' (1993: 116).

Pero también, en la historiografía sociológica, el libro de los derechos fundamentales muchas veces no se toma en cuenta allí donde era de esperarse. Incluso autores, que se esfuerzan por hacer la recepción integral de Luhmann, no sacan la consecuencia ni siquiera cuando se trata expresamente del tema 'instituciones desde el punto de vista teórico-sistémico' (Grunow 2004). En la discusión (fuertemente financiada) en Alemania en los años 90 sobre las instituciones, consultable bajo el nombre de Gerhard Goehler, Luhmann se toma en cuenta muy al margen. En el debate general sobre las instituciones el libro aparece citado en las notas de pie de página y algunas veces ni allí (p.ej. en Lipp 1968). En cambio sí captan la atención las presentaciones completas que hace Luhmann sobre la institucionalización de las expectativas (1970 y en 1972/1983) (p.ej. en E.E. Lau 1978). Cuando Üner, una experta en la 'escuela de sociología de Leipzig', en un diccionario sobre el conservadurismo, afirma que Luhmann, entre otros, con su concepto de institución suprime la contradicción entre legalidad objetiva y conformación social (1996) y cuando Rehberg, el experto en Gehlen, admira sobre todo el nivel de abstracción tan notable que Luhmann ha realizado con el concepto de institución (Rehberg 1994: 74) —se refieren ellos a estos textos tardíos.

El libro de los derechos fundamentales desmerece cuando en él —en una presunta línea teórica que va de Spencer y Durkheim sobre Parsons y Gehlen e incluso Plessner hasta Schelsky y Luhmann— se maneja la tesis de que las instituciones serían como 'estructuras de expectativas, las así llamadas expectativas de expectativas' (Hasse/Kruecken 2008: 164). Lo interesante en el concepto de institución de Luhmann, en el libro de los derechos fundamentales, es precisamente que está orientado al problema de la generalización social de las expectativas, de tal suerte que las expectativas de expectativas se agilizan (Luhmann1970b: 30).

Quizás el libro, en razón del título y de la colección en la que apareció ('escritos de derecho público'), fue considerado por

muchos como escrito jurídico. O también, si sólo se miran los conceptos del título (derecho, política e institución) se olvida el tema que domina en la teoría de Luhmann desde la polémica con Habermas: la sociedad. A pesar del título discutido que se le dio al debate Habermas/Luhmann, *Teoría de la sociedad o tecnología social –¿qué aporta la investigación de sistemas?* (Habermas/Luhmann 1971) no se advirtió que Luhmann, en el libro sobre los derechos, ya había delineado con anterioridad una teoría de la sociedad, como teoría de la diferenciación funcional. ¿Se debió eso a que la sociedad, en el libro de los derechos, se denomina orden social y que estas dos versiones conceptuales no aparecen en el índice de materias? En todo caso la crítica que Habermas dirige a Luhmann en 1971 dice: "Niklas Luhmann ha esbozado en la pasada década (por tanto desde 1965, K. D.) una teoría sistémica de la sociedad que merece se le preste atención" (Habermas/Luhmann1971:142), sin incluir el libro de los derechos. En el debate que se vinculó a la discusión Habermas/Luhmann —o Frankfurt/Bielefeld— se nombra, con largas citas de apoyo, el libro de Luhmann sobre los derechos como ejemplo para criticar la teoría de la sociedad en la interpretación de Luhmann. 'Esta argumentación' —así se habla sobre la tesis de Luhmann en torno a los peligros de regresión de la diferenciación social— "es claramente insuficiente" (Giegel 1975: 56, cfr.también 73s., 138).

Cuando, 10 años después, un joven jurista, interesado en ese entonces en la sociología, en su propio libro de los derechos fundamentales (Willke 1975) intenta mejorar con Habermas la teoría de Luhmann sobre los derechos, basa precisamente este intento en la visión de una conducción de la sociedad sustentada en los análisis de Luhmann sobre las funciones societarias de los derechos fundamentales. La igualdad entra como valor complementario de la libertad y de la socialidad (reconceptuada como hermandad), y estos dos valores se colocan contra la descripción de Luhmann. Luhmann señala precisamente la difícil manipulación de la igualdad y propone que la teoría del valor es sólo posible como oportunismo de la decisión: ¿Conducción de la sociedad como tecnología social? ¿Tecnología social de Habermas contra teoría de la sociedad de Luhmann?

Sólo recientemente la sociología alemana, acompañada de un interés político, se ha dedicado a expandir los derechos humanos. Ahora también se confronta con la tesis de Luhmann sobre la función de los derechos fundamentales, incluso en la investigación jurídica aplicada (vid. III 2.).

2. Dogmática jurídica

Una nueva introducción al pensamiento de Luhmann, dirigida a juristas, afirma que en la ciencia jurídica la teoría de sistemas se cita, si es que se cita, en las notas al pie de página (Huber 2007: 216). Esto no es exacto ni para la dogmática ni para otros ámbitos (filosofía del derecho, historia del derecho) ni para los escritos de Luhmann sobre los derechos, ni para su obra tardía. Nunca para los juristas se ocultaron de esa manera ni los escritos sobre los derechos fundamentales ni su obra tardía.

En revistas jurídicas pueden encontrarse por lo menos cinco recensiones, en todo caso más que en las revistas sociológicas (allí, ninguna). Provienen de científicos de una nueva generación (Scholler 1965, Haeberle 1966, Podlech 1967, Starck 1967, Dammann 1968), tres de ellos con estudios de derecho y otras disciplinas, sin ser ninguno de ellos profesor. A ello se añade una discusión de sociología jurídica en una revista en ese tiempo interdisciplinaria (Hirsch 1967). Tres de los recensionistas complementaron después, en manuales jurídicos o en comentarios, su posición escéptica (Haeberle 1987, Starck 1999) o positiva (Podlech 1989: 211) sobre las propuestas jurídico-dogmáticas de Luhmann. En dichos comentarios y manuales se citan con regularidad los escritos de Luhmann sobre los derechos. Uno de ellos fundamenta más tarde (como él mismo escribe) 'desde el punto de vista sistémico-teórico' su recurso de queja, en parte exitoso, contra la ley del censo de la población (Podlech 2009).

Entre los 149 maestros universitarios de derecho público en Alemania, que se habilitaron como profesores con dos exámenes (promoción para ser doctor y la habilitación posdoctoral), hubo diez que, desde que salieron a la luz los libros de Luhmann sobre los derechos (1965a,b), conocían de manera sobresaliente la sociología de

Luhmann y que, tiempo atrás, ya se habían encontrado con él, tanto personalmente como en discusiones. Algunos de ellos se volvieron jueces de la Suprema corte de justicia de la República alemana y, después, jueces de otros tribunales. En la primera generación son de nombrarse como 'juristas luhmannianos', Badura, Boeckenfoerde, Ralf Dreier, Grabitz, Klaus Koenig, Krawietz, Oberndorfer, Podlech, Roellecke y Walter Schmidt. Hans J. Wolss, uno de los más conocidos dogmáticos de la administración jurídica, dio el dictamen como jurista a la promoción y habilitación sociológica de Luhmann y Brohm, unos años después, coordinó un seminario junto con Luhmann. Como generación intermedia son de nombrarse, DiFabio, Horst Dreier, Grimm, Ladeur, Nocke, Schlink, Suhr y Wahl y en la generación más joven de hoy, Ekardt, Fischer-Lescano, Kirste, Marcel Kaufmann, Lege, Mahlmann, Moellers, Pauly, Poecker, Rossen-Stadtfeld, Scherzfeld, Rainer Schroeder, Martin Schulte, Vesting y Vismann. De este círculo salieron (p.ej. Roellecke 1999, Vesting 2007: 57ss.) —o se apoyaron (G.-P. Callies 2006, Huber 2007)— introducciones generales a la teoría del derecho y la sociología de Luhmann. Esta competencia ayudó a llevar a un nivel adecuado el disenso sobre la teoría de sistemas de Luhmann (aspiración de Luhmann en 1993: 8=cast.2002) y a rechazar los escritos improcedentes (cfr. Schulte 2001 y Oliver Lepsius 1999).

La recepción jurídica de la sociología de Luhmann (especialmente sus escritos sobre los derechos fundamentales) estuvo desde un principio ligada fuertemente, en ciertos lugares, a interacciones cara-a-cara entre nuevas generaciones de científicos y apoyada y permitida por algunos profesores liberales. O enlazada a una persona, por tanto ligada a una interacción: alumnos de Boeckenfoerder se citan en tres lugares universitarios como conocedores de Luhmann.[20] En las facultades jurídicas puede hablarse de manera metafórica de un virus en expansión contra una cultura jurídica que tenía el antídoto. El antídoto no es de tipo político. No fue políticamente

[20] En el norte, asistentes de la Universidad de Hamburgo: Bernd Becker, Dammann, Grabitz, Nocke, Quaritsch, Raiser y Suhr, en el Occidente medio la nueva generación de la Universidad de Münster después de la destitución del personal de Böckenförde: Krawietz, Kriele y Ralf Dreier, en el sur, asistentes de la Universidad de Tübingen: Struck, Teubner, Willke. Como alumnos de Boeckenfoerde: Podlech, Schlink, Wahl, Grimm y Enders.

parcial ni la recepción ni la oposición ni tampoco el simple negarse a la discusión con Luhmann.

Hoy se observa la enseñanza alemana del derecho constitucional teñida de color político, así como antes estuvo fuertemente politizada la disciplina sociológica. Muchos profesores —en razón de su facultad de dictaminar jurídicamente preguntas políticas discutidas y del reclutamiento de los partidos políticos para los numerosos tribunales constitucionales (en el ámbito federal de los Estados y el de la República)— son considerados al menos como arsenal político. Hay también en Alemania numerosos profesores que participan en opiniones jurídicas alternativas, por ejemplo en los así expresamente llamados comentarios alternativos a la Constitución (Azzola et al. ed. 1984, 2ª edición 1989). En conceptos sociológicos luhmannianos puede describirse el 'uso alternativo del derecho' (como fue popular decir en Italia), como apoyo jurídico a las opiniones políticas de los movimientos de protesta —sea de los trabajadores o de los que se oponen a la energía atómica o del movimiento fuertemente religioso de 'protección a la vida' (contra el aborto). En este sentido, los conocedores de Luhmann de la doctrina alemana sobre la Constitución se dejan ordenar en múltiples partidos políticos o en arsenales políticos o en movimientos de protesta. En términos de arsenal, los conocedores de Luhmann se distinguen entre los de izquierda y los de derecha, y los que se apoyan en él y los que rechazan sus teorías total o parcialmente. En esa medida, a la doctrina de Luhmann le va como a ese otro teórico de la Constitución alemana, al cual se considera en Alemania, como a Luhmann, un gran teórico político del siglo xx: Carl Schmitt.[21] Así como se habla de schmittianos de derecha y de izquierda se habla de luhmannianos de derecha y de izquierda. Luhmann constató

[21] Chris Thornhill presentó a Niklas Luhmann en Alemania como extremista de la teoría política del siglo xx (2000): Por otro lado (al ser necesaria la transformación radical socialista) sitúa él a Neumann y Kirchheimer. Weber, Schmitt y Habermas se mueven en medio. No vemos aquí ningún extremismo político en el sentido de entremeterse en la confrontación política, sino radicalismo sociológico —que otros deben traducir en la esfera de reflexión de la política con ayuda del principio de Brücke: 'deber implica poder'. Luhmann, con una teoría que se estiliza a sí misma como radical, dice lo que probablemente no resulta. La forma hipotética de los enunciados, como sucede frecuentemente aun en los propios textos de Luhmann, se elimina.

en Alemania un interés predominante de la izquierda por su teoría (1986/1987: 115). En la enseñanza del derecho público —más que en la sociología— se observa el interés del ala derecha, así como la del actual ministro de la Suprema corte de justicia y publicista político DiFabio, a quien 'de vez en cuando se describe como teórico de sistemas, porque cita a Luhmann (Werber 2006) y la del schmittiano de derecha Quaritsch, quien en su tesis de habilitación valora el antiguo concepto de Luhmann de soberanía. Así como considera el libro de los derechos de Luhmann, aunque sin tomar en cuenta la tesis central de resguardo de la diferenciación (Quaritsch 1970: 37, 202, 467).

¿Estimularon (o como se dice habitualmente, provocaron) los escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales la jurisprudencia? Y si fue así, ¿con qué reacciones? Los juristas experimentan la mayoría de las veces las tesis de Luhmann como provocaciones —lo cual se vuelve más molesto cuanto más se ignoran sus tesis en la justificación: el provocador no entiende nada de jurisprudencia o es un ideólogo. Luhmann puede formular posiciones contrarias, que raspan los nervios del pensamiento jurídico, porque es un jurista extraordinario. No obstante, los juristas luchan por no 'dejar que la teoría de sistemas los expulse de su dogmática' —escribe uno de los juristas constitucionales más reconocidos (Roellecke 1999: 213). Puedo citar únicamente una pequeña muestra de las reacciones jurídicas. Los escritos sobre los derechos fundamentales llevaron, allí donde no sólo sobreviven en los pies de página, a discusiones y, en parte, a la aceptación de afirmaciones particulares —pero no 'expulsaron a nadie de su dogmática'.

En razón de los distintos centros de gravedad de las publicaciones, no todos los conocedores de Luhmann se refieren al libro de los derechos fundamentales, aunque Adalbert Podlech lo hace de manera firme y con aceptación en un estudio sobre la libertad de conciencia (1969), Bernhard Schlink en uno sobre la libertad de la ciencia (1971), Ralf Dreier en un escrito sobre la utilización del pensamiento teórico de la diferenciación a la pregunta de qué personas jurídicas pueden ser portadores de derechos fundamentales (1973), y Dieter Suhr en una investigación sobre el desarrollo de la personalidad y la garantía de la propiedad (1976).

Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde —entonces colega de Luhmann en Bielefeld y más tarde ministro del Supremo tribunal de justicia— imprimió en una antología el capítulo del libro de los derechos fundamentales y el último trabajo sobre la conciencia (Luhmann 1965/1976, 1973a). Ya en 1969 utiliza la teoría de la conciencia anterior a la doctrina alemana constitucional sobre la determinación de la libertad de conciencia y en lugar de teología, filosofía o psicología realza de manera especial la sociología de Luhmann, apreciada en los tribunales. Luhmann, con derecho, habla de 'alternativas incómodas', ya que quien apela a su conciencia se impone como víctima razonable. Justo esto tiene significado práctico (1970: 277). Luhmann sostiene la tesis de que la libertad de conciencia no protege la conciencia sino se protege de la conciencia y propone que en lugar de la antigua prueba de la verdad se coloque la prueba de la coherencia de la conciencia y se experimente con equivalentes funcionales como salidas al comportamiento. "Si la conciencia protege un comportamiento, detrás está la sanción de la pérdida de identidad: la muerte, la esquizofrenia, el rompimiento radical con el propio pasado. La seriedad de tales decisiones de conducción de la vida se vuelve en cierta medida objetivamente comprobable" (1965/1981a: 356s.). Esto contribuyó en Alemania a la regulación jurídica del servicio militar de jóvenes que se negaban a alistarse, por ejemplo cargándolos —como alternativa dura con respecto al servicio militar— con algunos meses más de trabajo fuera de la milicia. Una mayoría política lo impuso, ya que el proceso (apoyado en ese tiempo en una psicología aficionada) de negarse al servicio militar fomentaba fingir la obligación de conciencia. Desfavorecía la fragilidad verbal de fundamentación y organizacional (por ejemplo, eclesiástica) del peticionario cuando no se había preparado con antelación. Una organización eclesial —que protegía la no-aceptación a ser reclutado— imprimió partes expresas de la teoría de la conciencia de Luhmann y le atribuyó a él —en el conflicto constitucional sobre la negación a enrolarse— la propuesta (cfr. en Luhmann 1965/1989: 7). Luhmann, por el contrario, le cedió la honra a Adalbert Podlech, el antiguo asistente de Böckenförde, (1970: 19, 1973a: 232), quien admitía influencias de Luhmann (1969: 35). El Supremo tribunal de justicia favoreció

—en el caso de la negativa a reclutarse— la utilización de la 'alternativa incómoda', aunque sin exigirla (1977, Sentencias Tomo 48: 127ss.). Allí no se cita a Luhmann; pero donde sí, no se hace con los escritos sobre los derechos fundamentales.[22]

Los mencionados 'juristas luhmannianos' pertenecen a los —como se dice en Alemania— 'juristas cultos'. Enseñan frecuentemente una asignatura no-dogmática como la doctrina sobre el Estado o sobre la administración (las antiguas versiones alemanas de political science y public administration), sociología del derecho, filosofía o historia. Aunque en Alemania los juristas, así como los profesores de las ciencias empresariales y los científicos sociales —contrario a los filósofos, sociólogos y artistas—no son por lo general candidatos a portar el estatus de 'intelectual', para eso están los 'juristas cultos'. ¿Cómo recibieron los juristas 'normales' los escritos sobre los derechos fundamentales de Luhmann? Ellos cuentan como la 'corriente principal' y entonces puede constatarse que antes de los años 90 esta corriente no se interesó por los escritos de Luhmann (Renner 2008: 208).

Los juristas gozan de gran libertad para acoger la sociología —y Luhmann, como hemos visto, concede dichas libertades, aun hoy, bajo el nombre de 'estimulabilidad del sistema jurídico'. Por eso, en el tema de los derechos fundamentales, no es de esperar que el libro se encontrara en las notas de pie de página y, con ello, que necesariamente formara parte la bibliografía. Este sí es el caso para las aportaciones sobre la libertad de conciencia, al menos esa es la impresión que deja la página de internet correspondiente (www.gewissensfreiheit.de, editada por un jurista).

En los escritos allí extractados, la teoría de Luhmann sobre la conciencia se coloca junto a la teoría católica del medioevo, a la

[22] Búsquedas de textos completos en www.verfassungsrecht.ch (entrada 6.11.09). Que la influencia de la sociología y de la dogmática que argumenta sociológicamente en la jurisprudencia constitucional en la República federal alemana fue mínima, es cosa que Blankenburg/Treiber han teórica y empíricamente comprobado. Incluso en los 83 informes periciales de partido de 1969-1979, en el Tribunal constitucional de la federación, sólo 12 fueron de no-juristas y, dentro de ellos, uno de un sociólogo (1982: 546). Hossmann-Riem, juez del Tribunal federal, especialmente interesado en cuestiones socio-científicas, elaboró marcos de referencia que impedían a su tribunal conectarse con teorías sociológicas y con la investigación empírica (2001).

de Lutero y a la de Kant o se compara, como 'funcionalista', con otras teorías modernas. Se encuentran rechazos y aceptaciones. En la teoría general de los derechos fundamentales y especialmente en la dogmática faltan los escritos de Luhmann allí donde sería de esperarse (p.ej. en Schwabe 1977 y Hochhuth 2007).

Una hipótesis muy sencilla sobre la recepción en la 'jurisprudencia normal' (es decir, fuera del círculo de los conocedores de Luhmann), puede comprobarse en aquella serie de libros en donde aparece el libro de Luhmann sobre los derechos y su única monografía crítica (Willke 1975). Los 'escritos sobre derecho público' abarcan, después del libro de Luhmann (tomo 24), más de mil libros en el año 2009 —los profesores certifican que tienen calidad sobresaliente, la mayoría son disertaciones doctorales o también escritos de habilitación de quienes más tarde llegarían a ser profesores. Mi conjetura era que en cada año de publicación (de 1967 a 2008) de esta serie, por lo menos en un libro se citaban escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales y al menos una vez algún otro libro. Esta sospecha quedó comprobada. Cuatro casos de estudio, sobre todo en los cuatro años que van de 2004 a 2007 —por tanto en un tiempo de 40 años después de la aparición del libro de Luhmann— confirman la sospecha. En los libros se mencionan los escritos de Luhmann hasta diez veces y por lo menos por año también el libro de los derechos fundamentales.[23]

Este resultado corresponde a la 'demanda viva' (como lo llamó la editorial) sobre esta 'en muchos sentidos todavía obra fundamental'. Esto se documenta en las cuatro re-impresiones de la versión alemana (1974, 1986, 1999 y 2009). En total se impri-

[23] Menciones de escritos de Luhmann por lo menos en: Nr. 939, 943, 949, 950, 996, 998, 1023, 1053, 1065. Mención especial del libro de los derechos fundamentales en Nr. 943, 979, 1024, 1052. Este test se llevó a cabo el 4.11.09 en los estantes de libros de la biblioteca de la Universidad de Trier, en la cual se exhiben —cosa rara en Alemania— las series jurídicas más prominentes. En el tiempo de la investigación muchos libros no estaban en su lugar. Puede sospecharse que esta utilización referida precisamente a los libros del estante Luhmann (sobre todo las más recientes publicaciones de este siglo) lleva a confirmar la hipótesis —realizada en circunstancias difíciles. La página de internet de Amazon.de trae al azar 19 libros, no de Luhmann, que citan el libro de los derechos fundamentales. Seis veces se cita el número de página entrada el (10.dic.2009).

mieron 3300 ejemplares,[24] un record para monografías jurídicas. Podría estimarse que en sociología habría solamente cien casos así. Sobre la demanda en Japón (trad. 1989) e Italia (2002) no tengo conocimiento.

Arriba mencioné estudios selectivos que aceptan por lo menos parte de las propuestas de interpretación de algunos derechos fundamentales. Se trata de la dignidad humana, la libertad de conciencia, pero también del derecho (declarado por el Tribunal constitucional de la federación) a la autodeterminación informacional —en lenguaje sociológico: derecho al control de la presentación de sí mismo. Especialmente la teoría de Luhmann sobre la dignidad humana se ve hoy como 'una teoría que frecuentemente se discute y a la cual se acude para solucionar problemas como el de la bioética (Mahlmann 2008: 248, de manera parecida Herdegen 1989:143). Enders piensa que gran parte de la fascinación de esta empresa —de accionar la dogmática de la Constitución con la vara de los análisis sociológicos— está muerta (1997: 14), e intenta ofrecer su propia valoración y la historia de la recepción diferenciada de la interpretación de Luhmann sobre la dignidad humana (1997: 11ss., 449ss.). Hay todavía consideraciones más fuertes. Pueden distinguirse tres tipos de recepciones que fundamentalmente discrepan o niegan la sociología de los derechos fundamentales: las que la desaparecen, las que la rechazan, las que la mejoran.

a) Los análisis de Luhmann desaparecen en los textos jurídicos —así como, en las investigaciones sobre el empleo de la sociología, se afirma en general que la sociología en los ámbitos donde se utiliza está tan infiltrada que no puede distinguirse (Wingens/Fuchs 1989). La sociología (o Luhmann) se vuelve evidente. Esto quizás se deba a que la sociología (o Luhmann) desde siempre articula lo obvio.

Hace apenas algunos años se llamó la atención de una tendencia notable en la judicatura de los derechos fundamentales del Tribunal constitucional de la federación (en los fallos 'Glycol', 'Osho' y 'Loveparade'), acompañada por la declaración de confor-

[24] Agradezco a la editorial Duncker y Humblot, Berlín, la información. La publicidad citada de la editorial se hace en una corta recensión del libro en Amazon.de (entrada 10.dic. 2009).

midad de uno de los jueces más significativos — profesor al mismo tiempo de teoría del Estado formado sociológicamente: "La nueva jurisprudencia del 1 senado se sirve de argumentos funcionales, pone las libertades individuales al servicio de instituciones como la democracia y el mercado" (Moellers 2005: 1972). Con ello se limitan los ámbitos de protección y, al mismo tiempo, se ofrece más protección a los derechos fundamentales con menos proceso de ponderación. Pero ¿no encontramos primero este acorde perfecto en el libro de los derechos fundamentales de Luhmann? Aunque, ¿es esto específico de Luhmann?

- Él propaga el método funcional para la dogmática jurídica (1965a: sobre todo 137s.,202s., después más completamente 1969/1981). Le sigue el Tribunal constitucional de la federación con una proposición esencial en respuesta a un reclamo constitucional de Podlech, fundamentado desde el punto de vista sistémico-teórico: "La auto-determinación es condición funcional básica de la capacidad de actuar y la capacidad de colaboración de la comunidad —fundada en la libertad y la democracia— de sus ciudadanos" (en una sentencia llamada 'sermón de la montaña' de los juristas, Sentencias Tomo 65, 1ss.- para el padrón II 1a). Aquí el problema se define de manera distinta a como lo hace Luhmann, pero el método de las funciones latentes para interpretar los derechos fundamentales no exige ningún método específico de determinación del problema.
- Luhmann habla de delimitar el ámbito de protección de los derechos fundamentales (1965a: 73, 75 para la dignidad, 120 para la propiedad).
- Encontramos, unido a ello, en el tercer paso (cfr. 1965a: 75 contra Bull) una crítica pronunciada al pensamiento de la ponderación en la dogmática (1965a: 59,81,208, 215). Aquí encuentra Luhmann en la monografía de Lerche, citada por él, un antecedente. Le siguen las monografías de los conocedores de Luhmann, Schlink y Ladeur.

Frecuentemente en la dogmática jurídica de los derechos fundamentales se remite al concepto de Goffman de la presentación de sí mismo, y a pensamientos parecidos en el juicio del Tribunal constitucional de la federación sobre el censo de la población (Sentencias, tomo 65,1ss), que se procesa completamente con el concepto de Goffman (Albers 2005: 222s., 400ss.). Se cita, entre otros, a Luhmann, aunque nunca aparece con claridad si fue él quien por primera vez en su libro de los derechos presentó las ideas de Goffman a los juristas con fines de interpretación (cfr. Albers 2005, Philipp 1989: 154ss.). En la teoria 'posmoderna del derecho' de Ladeur se enarbola la referencia a la diferenciación funcional de la sociedad (1992: 11,76,192), a la autorreferencia (1992: 92ss) o a la comunicación (1992: 94ss), pero sin hacer referencia a la teoría de Luhmann. En una de las dos presentaciones de su teoría del derecho, Ladeur caracteriza su teoría —si bien como enteramente propia— a modo de "pensamiento en red" (Augsberg et al. 2009).

b) Un segundo tipo de contacto rechaza la teoría de Luhmann en bloque (así Oliver Lepsius 1999). Esto también puede suceder por silencio (Schwabe 1977) y sin ninguna referencia a las hipótesis de Luhmann, por ejemplo, a la multifuncionalidad de los derechos fundamentales: la diferenciación funcional, la diferenciación de alguno de los sistemas funcionales, la función de los derechos fundamentales dirigida a proteger de la desdiferenciación.

En la programación de decisiones judiciales sobre los derechos fundamentales mediante la dogmática constitucional se discuten en Alemania junto a un concepto (previamente entendido) de manera existencial ontológica 'teorías sobre los derechos fundamentales' (cfr. Mahlmann 2008: 13ss.). Estas 'teorías sobre los derechos fundamentales' que circulan en la dogmática jurídica pueden ordenarse bajo dos criterios: el de procedencia científica y el de consecuencias dogmáticas. Entonces puede la teoría de Luhmann distinguirse como sociológica (o sistémico-teórica) de, por ejemplo, teorías filosófico-valorales y preguntarse cómo se correlaciona con la dogmática jurídica liberal o social-estatal. Frecuentemente, por lo contrario, se emplea una clasificación de mezcla unidimensional, y la teoría de Luhmann de los derechos fundamentales permanece sin

nombrarse (cfr. p.ej. bei Boeckenfoerde 1974). Una alternativa ética a la teoría sociológica de los derechos de Luhmann ha sido esbozada por Mahlmann, ya que piensa que "contra la teoría de Luhmann habla a favor... primero su poco atractivo sociológico. Además de que lleva a consecuencias que expresamente desconocen el núcleo normativo de la dignidad humana" (2008: 275).

c) De los conocedores de la teoría de Luhmann, Ladeur se ha esforzado continuamente por la teoría de los derechos fundamentales (cfr. sobre todo 1992, 2006, Ladeur/Augsberg 2008). Ladeur y otros pocos han intentado mejorar la teoría desarrollada por Luhmann en el libro de los derechos y, frente a otras teorías influyentes, adaptarla a su propia teoría. Willke en 1975 puso a Habermas contra Luhmann, mientras que Ladeur (1992, 1995, 2006) con Luhmann (entre otros) se aleja de la teoría habermasiana del discurso. Puede ser que, en la polémica política, aparezca por un lado la diferencia de la conducción socialista de la sociedad (social-democracia de izquierda) y, por otro, la liberal con el futuro abierto, pero sociológicamente se trata más bien de eclecticismo de los autores con sus propias preferencias por las combinaciones de teoría. La teoría de Luhmann no es hermética como la parsoniana. Más bien se considera una caja de herramientas. No hay ninguna prohibición de procedimiento ecléctico ni para la sociología ni para otras disciplinas. Precisamente eso es lo que hace amigable la teoría.

Ladeur hace del cauteloso y exigente liberalismo luhmanniano, como aparece en el libro de los derechos, un manifiesto liberal moderno subrayando la comunicación transsubjetiva (2006). Él declara anticonstitucional la primacía de la racionalidad pública postulada por la escuela habermasiana (a través de la autoridad de los juristas de la Constitución), quizás en reacción a que un colega (1992: 132,136) enfrenta los pensamientos teórico-sistémicos a la Constitución. Ladeur rechaza la tesis última de Luhmann sobre la autopoiesis (1992: 132,136), y subraya el lenguaje y la cognición (en concordancia con Hayek, así Ladeur 1992:194ss) y coloca a la sociología de Luhmann una antropología, que conoce también colectivos: los grupos. Para él los derechos fundamentales resguardan formas de conocimiento, los cuales corresponden a los distintos ám-

bitos parciales de la 'sociedad de información' (2006, 195), pero no defienden la diferenciación funcional como tal (Ladeur/ Augsberg 2008: 5ss.). La función de los derechos fundamentales consiste en 'la generación de conocimiento para decidir bajo condiciones de desconocimiento' y para 'sostener la pluralidad y diversidad de los espacios donde pueda desarrollarse la libertad de acción' (1992: 205ss, citas: 209, 207, 210) —cosa que para Luhmann es rendimiento de la democracia política. También Luhmann menciona, en la descripción de la función de la semántica de los derechos humanos, que en la diferenciación funcional no es posible disponer el futuro de los seres humanos reclutando criterios (1993: 115s.=cast. 2002). En Ladeur tendrá incluso la propiedad —no sólo limitada a cosas— la función de producir conocimiento bajo condiciones de ignorancia (Ladeur 1992: 198ss., 1995: 45 ss.). Cuando Ladeur ve 'la autoorganización abierta de la multiplicidad de redes de las relaciones prácticas de los diversos sistemas parciales, no se trata allí de redes personales que sustituyen la organización, sino de redes que producen y conservan conocimiento en la 'sociedad de las organizaciones'. En África y Latinoamérica echa él de menos estas estructuras, las cuales fomentan la 'cultura del descubrimiento' mediante el 'orden de la experimentación' (2006: 52s., 124).

3. Reflexiones de derecho

Reflexiones teóricas ligadas a escritos de Luhmann y que de manera explícita se enarbolan como aportaciones a la sociología, son frecuentes fuera de la esfera del derecho, por ejemplo como autodescripciones políticas (Thornhill 2000, 2008). Admiran por lo menos aquellos escritos primeros —como los escritos de los derechos fundamentales— en los cuales Luhmann todavía no confecciona la distinción de las distintas actividades académicas sobre el derecho: dogmática, reflexión, investigación. Como reflexión de la unidad y la función del sistema de derecho se utiliza la fórmula de contingencia del sistema jurídico, 'justicia' (Luhmann 1993: cap.5=cast.2002). En el libro de los derechos expresa Luhmann: Hoy 'el ser humano encuentra su seguridad... en la capacidad funcional del sistema societal... asegurar su estructura es la tarea del derecho y

su orden es lo justo' (1965a: 181). Un concepto así de justicia, que hace referencia a la diferenciación funcional, desaparece de la obra de Luhmann con el cambio hacia la autopoiesis (von Ralf Dreier 2002: 317). Con Gephart (1993: 116f) puede verse una relación del sistema jurídico con la justicia como 'complejidad adecuada' con la presunta tesis contenida en el libro de los derechos (1965a: 181): que el derecho (por tanto, no sólo los derechos fundamentales, K.D.) está especializado en la conservación de la diferenciación funcional. Cuando la diferenciación funcional asegura el nivel adecuado de complejidad de los ámbitos funcionales —por tanto que asegura también al sistema jurídico— puede completarse la forma-justicia con diferenciación. Se ha visto, por ejemplo, la Constitución de la Alemania occidental como respuesta importante contra el régimen asesino nacional-socialista, un modelo de relaciones de derecho injustas —así cuando menos la versión dominante hasta 1965. La alternativa de Luhmann a esta solución del problema, que recurre a valores es (cfr. Mahlmann 2000: 256): la conservación de una sociedad funcionalmente diferenciada mediante derechos fundamentales institucionalizados (no sólo consagrados en el texto) ayuda a evitar relaciones societales parecidas a la del nacional-socialismo. Los derechos fundamentales en la Constitución sirven de acuse de recibo para su institucionalización.

Otra cosa distinta es la determinación de la justicia en Teubner (2005: cap. II). Él pretende deducir criterios de justicia (bajo el título capacidad de adecuación del entorno del derecho) de la teoría de Luhmann sobre los derechos fundamentales de 1965. Hay 'problemas... para los cuales un concepto de justicia inspirado sistémico-teóricamente pudiera ofrecer contenidos de criterios de decisión'. Teubner defiende esto en sus muchos escritos y como profesor de Luhmann de la Universidad de Londres en Inglaterra —en donde sus estudiantes no sólo aprenden derecho, sino teoría sistémica moderna (a partir de Parsons) y para quienes no queda muy claro qué ideas son de Luhmann y cuáles de Teubner. También en Alemania algunas veces se enseña teoría del derecho sistémico-teórica como teoría de Luhmann y Teubner (cfr. tan sólo, Callies 2006).

Andreas Noll ve en la teoría de Luhmann y especialmente en su libro sobre los derechos, junto a las teorías de Hoesse, Ha-

bermas/Alexy y Rawls un intento de fundamentar 'los derechos humanos'. Esto no es descabellado, ya Luhmann en su libro había hablado expresamente de 'fundamentación del ser' de los derechos fundamentales (1965a: 197). También Douzinas (2008:116) parece leerlo así y rechaza: "18th century naturalism of the most naive kind". Andreas Noll trabaja con las distinciones relegadas por Luhmann (al menos en las versiones de Noll) de forma/contenido, individuo/colectividad y racionalidad/emocionalidad o sensibilidad. Ve él en Luhmann un culto de la teoría de sistemas por la colectividad, una subordinación del individuo a la funcionalidad de la sociedad. 'Toda afirmación de fundamentación que está sobre el piso de un paradigma secularizado y materialista debe rechazarse..., dado que la forma como contenido no convence, sobre todo cuando, en Luhmann, la forma como contenido está integrada en la teoría como 'paradoja (sic)' (2006:302, 438). Él se opone a la supuesta tesis de Luhmann de una 'fundamentación autopoiética de los derechos humanos', a saber: 'la funcionalidad de la sociedad... radica en la no funcionalidad del individuo'. En eso está su dignidad. La sociedad, en lugar de la carencia de dignidad del particular, parte de la dignidad del particular en razón de su indigencia' (2006:438s, inferido de "La esencia autopoiética del tiempo": 445). En Luhmann hay pasajes (1965 a:68ss.) sobre el problema de la protección de la dignidad y sobre 'salidas a la presentación de sí mismo que vuelven más o menos inepto para la interacción'. Cuando éstas se leen, se reconoce que Andreas Noll no ha entendido la teoría de la dignidad como debiera. La lectura de Noll, a saber, que según los escritos de Luhmann sobre los derechos los discapacidados y otros seres marginales de la sociedad no tendrían ninguna protección de la dignidad, es también un argumento en contra que se usa frecuentemente en la dogmática jurídica (cfr. p.ej., Starck 317). Por otra parte, se atribuye al concepto de dignidad de Luhmann una simpatía por la población pobre, a quien deben reconocerse beneficios sociales concretos con el fin de que la presentación de sí mismo se cumpla.

V. Conclusión

El libro de los derechos es el primer libro de Luhmann que contiene muchos de los pensamientos que maduran en su obra teórica de los años 80 y 90. Son pensamientos de la teoría general de los sistemas sociales y de la teoría de la sociedad. La hipótesis de un resguardo de la diferenciación funcional media entre esta sociología y la dogmática jurídica alemana sobre los derechos fundamentales como derechos que expresan el consenso de un tercero cualquiera.

El sentido como materia de lo psíquico y de lo social, la distinción sistema/entorno (en lugar de todo/partes), comunicación (junto a la acción) como constitutiva de los sistemas, las distinciones ser-humano/individuo/presentación-de-sí-mismo (después, 'persona'), las tres dimensiones (temporal/objetual/social) de la generalización de expectativas (una de ellas vinculada entonces a la palabra, que después se volvió prescindible, 'institucionalización'), pensamientos teóricos temporales (1965a: 91s.): todo esto se trabajará después en el libro *Sistemas sociales* (1984=cast.1991,1998). Pero el libro marca, sobre todo, el punto de despegue de la teoría luhmanniana de la diferenciación social: la teoría de la sociedad desarrollada en el libro de los derechos, con la crítica inicial a la arquitectura teórica de los casilleros de entrada cuádruple de Parsons, pero también los trabajos previos al medio prominente de comunicación, amor, y del sistema, un poco desatendido, familia (1965a: p.ej. 90ss.,103ss.). Todo esto culmina con '*la sociedad de la sociedad*' de Luhmann en 1997 (=cast.2007). Las teorías ya señaladas del poder, de la confianza, de la legitimidad (1965a: p.ej. 150s.) se elaborarán después de 1965. Esto culmina en los trabajos sellados (en parte) en 1996 en el libro *La política de la sociedad* (p.ej. 1996/2000). Y finalmente el libro incluye también la consideración del programa de la correlación entre semántica y estructura de la sociedad, que Luhmann introduce, entre otros, en su libro sobre el amor.

Por todo esto, el libro de los derechos fundamentales es significativo desde el punto de vista histórico. La tesis principal del libro, de que tales derechos fundamentales —que para la comunicación pueden representar consenso, que no viven puramente en las actas de la Constitución, que ayudan a asegurar la diferen-

ciación— actualmente se vuelven a retomar en el contexto de la sociología de los derechos humanos. En el libro de los derechos, Luhmann compara con profusión, como en ninguna otra parte de su obra, la diferenciación funcional con contextos de regiones que antes se llamaban 'países en desarrollo' (por ejemplo, Latinoamérica, Asia, pero también la Unión Soviética) y que en la actualidad más bien se señalan como 'periferias de la modernidad'.

Hasta hoy se extiende también la confrontación de la dogmática jurídica alemana y la reflexión sobre el derecho (filosofía del derecho, y la teoría del derecho) con

- la teoría desarrollada por Luhmann de los derechos fundamentales (deslindada de las teorías filosóficas) en el libro de los derechos fundamentales,
- las propuestas de Luhmann sobre la interpretación de derechos fundamentales particulares, sobre todo la garantía de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de la propiedad.

Niklas Luhmann nunca después hizo recomendaciones tan concretas para la interpretación de las normas jurídicas. El eco —de ninguna manera puramente de rechazo en la jurisprudencia— incluso en la ley militar alemana muestra que su compromiso extraordinario valió la pena.

Klaus Dammann
Bielefeld, noviembre 2009

Bibliografía

Seitenzahlen bei Luhmann 1991/1998 und 1985/1998 , Gregor Noll 2005 und Rotter 1980 fehlen noch)

Albers, Marion 2005: Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden

Augsberg, Ino et al. 2009, Denken in Netzwerken. Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs, Tuebingen

Azzola, Axel et al. Hg. 1984: Kommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Neuwied, 2.Auflage 1989

Bette, Karl-Heinrich Hg. 1980: Bibliographie zur deutschen Soziologie: 1945–1977, Göttingen

Blankenburg, Erhard /Hubert Treiber 1982: Die geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Juristenzeitung 37: 543-551

Boeckenfoerde, Ernst-Wolfgang 1974: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Neue Juristische Wochenschrift 27:1529-1538

1970: Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 28: 33-88

Callies, Gralf-Peter 2006: Systemtheorie: Luhmann / Teubner, in: Sonja Buckel et al. Hg., Neue Theorien des Rechts, Stuttgart, 57-71.

Clam, Jean 1997: Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann. Fondés en contingence, Paris

2006: "Entmachtung der Macht, Entpolitisierung der Politik. Zur spezifischen Paradoxie der Macht", in: Gerd Bender et al. Hg., Die andere Seite des Wirtschaftsrechts. Steuerung in den Diktaturen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt a.M., 355-382, www.jean-clam.org (dort geaenderter Titel, Zugriff 10.Dez.2009)

Dammann, Klaus 1968: Rezension von Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Die Oeffentliche Verwaltung 21: 509-510

Douzinas, Costas 2008: Torture and Systems Theory, in: Soziale Systeme 14: 110-125

Dreier, Ralf 2002: Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, in: Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie 88, 305-323

1973: Die Grundrechtssubjektivitaet juristischer Personen des oeffentlichen Rechts, in: Norbert Achterberg Hg., Oeffentliches Recht und Politik. Festschrift fuer Hans Ulrich Scupin zum 70.Geburtstag, Berlin, 31-105

Enders, Christoph 1997: Die Menschenwuerde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art.1 GG, Tuebingen

Gephart, Werner 1993: Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne , Frankfurt a. M.

Giegel, Hans-Joachim 1975: System und Krise. Kritik der Luhmanschen Gesellschaftstheorie, Frankfurt a.M.

Goebel, Andreas 2000: Theoriegenese als Problemgenese. Eine problemgeschichtliche Rekonstruktion der soziologischen Systemtheorie Niklas Luhmanns, Konstanz

2003: Institution und System, in: Joachim Fischer et al. Hg., Kunst, Macht und Institution. Studien zur Philosophischen Anthropologie, soziologischen Theorie und Kultursoziologie der Moderne. Festschrift fuer Karl-Siegbert Rehberg , Frankfurt a.M. et al., 185-197

Goetz, Rainald, 2008: Klage. Vanityfair 2007/08. Frankfurt a. M.

Grunow, Dieter 2004: Institutionen aus systemtheoretischer Sicht , in: Arthur Benz et al. Hg., Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift fuer Klaus Koenig zum 70. Geburtstag, Berlin, 33-48

Habermas, Juergen / Niklas Luhmann 1971: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung? Frankfurt a. M.

Haeberle, Peter 1987: Menschenwuerde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof Hg., Handbuch des Staatsrechts, Band 1, Heidelberg, 815-861

1966: Rezension von Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Juristenzeitung 21: 454-455

Hasse, Raimund / Georg Kruecken 2008: Institution, in: Nina Baur et al. Hg., Handbuch Soziologie, Opladen, 163-182

Hellmann, Kai-Uwe 1996: Systemtheorie und neue soziale Bewegungen. Identitaetsprobleme in der Risikogesellschaft, Opladen

Hellmann, Kai-Uwe et al. Hg. 2002: Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie, Frankfurt a. M.

2003: Das System der Politik. Niklas Luhmanns Politische Theorie, Opladen

Herdegen, Matthias 1989: Gewissensfreiheit und Normativitaet des positiven Rechts, Berlin et al.

Hirsch, Ernst E. 1967: Rezension von Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Soziale Welt 18: 284-285

Hochhuth, Martin 2007: Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, Tuebingen

Hoffmann-Riem, Wolfgang 2001: Sozialwissenschaften in der Rechtsanwendung - am Beispiel der Nutzung der Medienforschung in der Rechtsprechung zum Medienrecht, in: Zeitschrift fuer Rechtssoziologie 22: 3-24

Holzer, Boris 2006: Spielraeume der Weltgesellschaft.: Formale Strukturen und Zonen der Informalitaet, in: Thomas Schwinn Hg., Die Vielfalt und Einheit der Moderne, Wiesbaden, 261-281.

Huber, Thomas 2007: Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Baden-Baden

Hufen, Friedhelm 1975: Verfassungstheorie und Systemtheorie. Ansaetze amerikanischer Politikwissenschaft und ihr Ertrag fuer eine funktionale Verfassungstheorie, in: Archiv des oeffentlichen Rechts 100: 193-238

Japp, Klaus P. 2007: Regionen und Differenzierung, in: Soziale Systeme 13: 185-195

Kahl, Wolfgang 2000: Die Schutzergaenzungsfunktion von Artikel 2 Abs.1 Grundgesetz, Tuebingen

Kastner, Fatima 2007: Weder Wahrheit noch Recht. Zur Funktion von Wahrheitskommisssionen in der Weltgesellschaft, in: Mittelweg 36 (Hamburg), 16, Heft 3: 31-50

Kieserling, André 2002: Rezension von Andreas Goebel, Theoriegenese als Problemgenese, in: Koelner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie 54: 171-173

1999: Kommunikation unter Anwesenden: Studien über Interaktionssysteme, Frankfurt a. M.

King, Michael /Chris Thornhill, Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, Basingstoke, UK et al.

Kiss, Gabor 1973/1977: Einfuehrung in die soziologischen Theorien II, 3.Auflage, Opladen 1977

Koenigswieser, Roswita 1999: "Gefuehle spielen doch eine Rolle!" Ein Abschied von Niklas Luhmann, in: Theodor M.Bardmann et al. Hg., "Gibt es den Berliner Zoo noch?" Erinnerungen an Niklas Luhmann, Konstanz, 40-41

Kostede, Norbert 1980: Staat und Demokratie. Studien zur politischen Theorie des Marxismus, Darmstadt et al.

Ladeur, Karl-Heinz 2006: Der Staat gegen die Gesellschaft, Tuebingen

1992: Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung, Berlin

Ladeur, Karl-Heinz / Ino Augsburg 2008: Die Funktion der Menschenwuerde im Verfassungsstaat, Tuebingen

Lange, Stefan 2003: Niklas Luhmanns Theorie der Politik. Eine Abklaerung der Staatsgesellschaft, Opladen

Lau, Ephrem Else 1978: Interaktion und Institution.Zur Theorie der Institution und der Institutionalisierung aus der Perspektive einer verstehend-interaktionistischen Soziologie, Berlin- West

Leisering, Britta 2008: Menschenrechtsschutz in politisch bestimmten

Räumen – zur Effektivität juristischer Kontrollmechanismen, Bielefeld: Universitaet, Institut fuer Weltgesellschaft, Working Paper 03/2008, www.uni-bielefeld.de/soz/iw/publikationen/workingpaper_gk/WP-2008 03_Leisering_Menschenrechtsschutz.pdf (Zugriff 25.Nov.2009)

Lepenies, Wolf 2009: Auf den Gipfeln, hinter den Kulissen. Vor 25 Jahren starb der Soziologe Helmut Schelsky, der Denker einer skeptischen Generation, in: Welt-Online 24.Februar 2009, http://www.welt.de/welt_print/article3261757/Auf-den-Gipfeln-hinter-den-Kulissen.html (Zugriff 13. Nov.2009)

Lepsius, Oliver 1999: Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen

Lindemann, Gesa 2009: Gesellschaftliche Grenzregime und soziale Differenzierung, in: Zeitschrift fuer Soziologie 38: 94-112

Lipp, Wolfgang 1968: Institution und Verantwortung. Zur Anthropologie der sozialen Dynamik, Berlin-West

Luhmann, Niklas
1993/2008: Are There Still Indispensable Norms in our Society? In: Soziale Systeme 14: 18-37
1969/2008: Normen in soziologischer Perspektive, in: Niklas Luhmann, Die Moral der Gesellschaft, Detlef Horster Hg., Frankfurt a. M., 25-55
1997 /2007: La sociedad de la sociedad, México
1992/2005: Einfuehrung in die Theorie der Gesellschaft, Heidelberg
1993/2002: Il derecho de la sociedad, México et al.
1965/ 2002: I diritti fondamentali come istituzione, Bari
1997/ 2002: Wie konstruiert man in eine Welt, die so ist wie sie ist, Freiheiten hinein? Ein Gespräch (von Theodor M. Bardmann) mit Niklas Luhmann, in: Theodor M. Bardmann ed., Zirkuläre Positionen. Konstruktivismus als praktische Theorie, Opladen 1997: 84-90 = Entrevista com Niklas Luhmann: "Como construir liberdades num mundo que é como ele é?" 2002, www.facom.ufba.br./ciberpesquisa (Zugriff 20. Januar2006)
2000: Organisation und Entscheidung, Opladen et al.
1997/2000: Das Medium der Religion. Eine soziologische Betrachtung ueber Gott und die Seelen in: Soziale Systeme 6: 39-51
1996/2000: Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M.
1993/1998: La paradoja de los derechos humanos y sus tres formas de desarrollo, en: Sociología y Política (México), nº 10: 60-69
1991/1998: La forma ‚persona', in: Niklas Luhmann, Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia, Madrid
1985/1998: El enfoque sociólogico de la teoría y práctica del derecho, in: Niklas Luhmann, Teoría de los sistemas sociales, México et al.
1984 / 1991,1998: Sistemas sociales, Barcelona
1997: Protest, Frankfurt a.M.
1990/1996: La ciencia de la sociedad, México et al.
1995: Ética e Procedimento nas relações internacionails, in: Anais XV. Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil 4. - 8. Septembro de 1994, São Paulo, 148-156
1994: Die Herrschaft der Natur in ihren spaeten Tagen. Im fruehen deutschen Staatsdenken steht das Recht an der Schwele zur

Geschichtlichkeit. Frankfurter Allgemeine Zeitung 270, 21. November, 13

1964/1994: Funktionen und Folgen formaler Organisation. Mit einem Epilog 1993, Berlin

1981 / 1993: Teoría politica en el Estado de Bienestar, Madrid

1992a: Die Universitaet als organisierte Institution, in: André Kieserling Hg., Niklas Luhmann, Universitaet als Milieu, Bielefeld, 90-99

1992b: Zur Einführung, in: Marcelo Neves, Verfassung und Positivität desRechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin, 1-4

1991: Der Gleichheitssatz als Form und als Norm, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77: 435-445

1987 / 1991 Proprietà, in: Giuseppe Zaccaria (a cura di), Lessico della politica, Roma 1987, 447-463; ohne Bibliographie: Der Ursprung des Eigentums und seine Legitimation. Ein historischer Bericht, in: Werner Krawietz et al. Hg.,
Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts, Berlin 1991, 43-57

1990a: Identität - was oder wie? In: Niklas Luhmann,Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven, Opladen,14-30

1990b: Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 :176-220

1965a/ 1989 Seido toshiteno Kihanken (Grundrechte als Institution), Tokyo

1965/ 1989 Prüfung der Konsequenz des Gewissens anstelle "alter Wahrheitsprüfung", in: Evangelische Arbeitsgemeinschaft zur Betreuung der Kriegsdienstverweigerer (EAK) Hg., Sozialer Friedensdienst im Zivildienst. Plädoyer gegen Mißbrauch der Friedensdienstbereitschaft von Kriegsdienstverweigerern, Bremen, 8-12

1986/1987: Ein trojanisches Pferd, Interview: Heidi Renk und Marco Bruns, in: Archimedes und wir. Interviews. Herausgegeben von Dirk Baecker und Georg Stanitzek, Berlin, 108-124

1982/ 1985: El Amor como pasión. La codificación de la intimidad, Barcelona

1974/ 1983: Sistema juridica y dogmatica, Madrid

1972/ 1983: Rechtssoziologie, 2.Auflage, Reinbek bei Hamburg
1968/1982: Politics as a Social System, in: The Differentiation of Society, New York, 138-165, 378-383
1981a: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M.
1981b: Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Band 2, Frankfurt a. M., 45-104
1970a/ 1981: Zur Funktion der "subjektiven Rechte", in: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M., 360-373
1970b/ 1981: Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M.,113-153
1970c/ 1981: Evolution des Rechts, in: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M, 11-34
1969/ 1981: Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M., 273-307
1965/ 1981: Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: Die Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M., 326-359
1965/1976: Die Legeshierarchie und die Trennung von Staat und Gesellschaft,in: Ernst-Wolfgang Böckenförde Hg., Staat und Gesellschaft, Darmstadt, 275-289
1974: La religión institucionalizada según una sociología funcional, in: Concilium. Revista internacional de Teología (Madrid) 91, 10 : 40-51
1973a:Das Phänomen des Gewissens und die normative Selbstbestimmung der Persönlichkeit, in: Franz Böckle/Ernst-Wolfgang Böckenförde Hg., Naturrecht in der Kritik, Mainz: Grünewald 1973, 223-243
1973b: Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12 : 1. Teil 1-22, 2. Teil 165-182
1973c: Ilustración sociológica y otras ensayos, Buenos Aires
1969/1971: Moderne Systemtheorie als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse, in: Jürgen Habermas/Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung? Frankfurt a. M, 7-24
1970a: Die Funktion der Gewissensfreiheit im oeffentlichen Recht, in: Funktion des Gewissens im Recht, Frankfurt a. M., 9-22

1970b: Institutionalisierung - Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: Helmut Schelsky Hg., Zur Theorie der Institution, Düsseldorf, 27-41

1968: Rezension von Hartmut Jäckel, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, in: Archiv des öffentlichen Rechts 93: 155-156

1966a: Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin

1966b: Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandaufnahme und Entwurf., Koeln et al.

1965a: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin-West

1965b: Oeffentlichrechtliche Entschaedigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin-West

1965c: Rezension von Martin Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, in: Deutsches Verwaltungsblatt 80: 620

Mahlmann, Matthias 2008: Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden

2000: Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoetische Evolution des Rechts, in: Zeitschrift fuer Rechtssoziologie 21: 247-277

Moeller, Hans-Georg 2008: "Humans Rights Fundamentalism". The Late Luhmann on Human Rights, in: Soziale Systeme 14: 126-141

Moellers, Christoph 2005: Wandel der Grundrechtsjudikatur.Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift 58: 1973-1979

Neumann, Volker 1995: Menschenwuerde und Existenzminimum, Berlin

Neves, Marcelo 1998: Symbolische Konstitutionalisierung, Berlin

1992: Verfassung und positives Recht in der peripheren Moderne.Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin

Noll, Andreas 2006: Die Begründung der Menschenrechte bei Luhmann. Vom Mangel an Würde zur Würde des Mangels, Basel et al.

Noll, Gregor 2005: The Exclusionary Construction of Human Rights in International Law and Political Theory, in: Zenon Bankows-

ki ed., Epistemology and Ontology. IVR-Symposium Lund 2003, Wiesbaden
Philipp, Renate 1989: Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt.- und Gesundheitsrecht, Koeln et al.
Podlech, Adalbert 2009: Lebenslauf, in: http://adalbert-podlech.de/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=53 (Zugriff 28.Nov.2009)
1989: Kommentierung von Art. 1, Abs.1, in: Kommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl. Neuwied, 199-225
1969: Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhaeltnisse, Berlin
1967: Rezension von Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Der Staat 6: 341-354
Quaritsch, Helmut 1970: Staat und Souveraenitaet. Band 1: Die Grundlagen, Frankfurt a. M.
Raiser, Thomas 1972/2007: Das lebende Recht, 4.Auflage, Baden-Baden
Rehberg, Karl-Siegbert 2005: Konservativismus in postmodernen Zeiten: Niklas Luhmann, in: Gunter Runkel/ Guenter Burkart, Hg., Funktionssysteme der Gesellschaft. Beitraege zur Systemtheorie von Niklas Luhmann, Wiesbaden, 285-309
1994: Institutionen als symbolische Ordnungen, in: Gerhard Goehler, Hg. Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie, Baden-Baden, 47-84
Renner, Moritz 2008: Book review: Thomas Huber, Systemtheorie des Rechts in: German Law Journal 9, www.germanlawjournal.com
Riepl, Frank 1998: Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, Tuebingen
Roellecke, Gerd 1999: Das Recht von aussen und von innen betrachtet. Niklas Luhmann zum Gedaechtnis, in: Juristenzeitung 54: 213-264
Rogowski, Ralf 2004: Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft,in: Iablis.Jahrbuch fuer Europaeische Prozesse 3, www.iablis.de/iablis_t/2004/rogowski.htm (Zugriff 28.Nov.2009)
Ronneberger, Franz 1968: Verfassungswirklichkeit als politisches System, in: Der Staat 7: 409-429

Rotter, Frank 1972: Verfassungsrechtliche Moeglichkeiten der Institutionalisierung sozialen Wandels. Ein wirtschafts- und kommunikationssoziologisches Beispiel, in: Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3: 87-138

1980: Klausur Nr.8, in: Frank Rotter et al., Rechtssoziologisches Examinatorium, Heidelberg

Schelsky, Helmut 1952: Ueber die Stabilitaet von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema, in: Jahrbuch fuer Sozialwissenschaft 3: 1-21

Schlink, Bernhard 1971: Das Grundgesetz und die Wissenschaftsfreiheit, in: Der Staat 10: 244-268

Scholler, (ohne Vornamen, i.e. Heinrich J.) 1965: Rezension von Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Bayerische Verwaltungsblaetter 11: 434-435

Schulte, Martin 2001: Eine Theorie der Gesellschaft und ihre "Feinde", Rechtstheorie 32: 451-463

Schwabe, Juergen 1977: Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt

Simon, Florian 2000: Assoziation und Institution als soziale Lebensformen in der zeitgenössischen Rechtstheorie, Berlin

Starck, Christian 1987/1999: Kommentierung von Art.1. Abs.1 ,in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck Hg., Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 4.Auflage , Muenchen , 32-86

1967: Rezension von Luhmann, Grundrechte als Institution, in: Archiv des oeffentlichen Rechts 92: 417-422

2009: Menschenwurerde als Verfassungsgarantie www.iias.sinica.edu.tw/upload/webstyle_default/journal_9.pdf (Zugriff 27.Dez.2009)

Stichweh, Rudolf 2000/2006: Semantik und Sozialstruktur. Zur Logik einer systemtheoretischen Unterscheidung, in: Soziale Systeme 6: 239-5. Revidierte Fassung in: Dirk Taenzler et al Hg., Neue Perspektiven der Wissenssoziologie, Konstanz, 157-171

Stolleis, Michael 2008: Konzertierter Rufmord. Die Kampagne gegen Horst Dreier, in: Merkur 62: 717-720

Suhr, Dieter 1976: Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persoenlichkeitsentfaltung,

der Ausuebungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin-West

Teubner, Gunther 2006: Die anonyme Matrix des Rechts: zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure, in: Der Staat 45: 161-187

2005: Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen, 199-211

Thornhill, Chris 2008: On Norms as Social Facts: A View from Historical Political Science, in: Soziale Systeme 14: 47-67

2000: Political Theory in Modern Germany : An Introduction, Cambridge, UK et al

Toennies, Sibylle 1995: Der westliche Universalismus. Eine Verteidigung klassischer Positionen, Opladen

2009: Menschenrechte. Sehnsucht nach der Weltregierung, in: Frankfurter Allgemeine FAZ.NET ,11.April 2009

Tyrell, Hartmann 2008a: Soziale und gesellschaftliche Differenzierung. Aufsaetze zur soziologischen Theorie, Wiesbaden

2008b: 'Individualismus' vor ‚der Individualisierung': Begriffs- und theoriegeschichtliche Anmerkungen, in: Wilhelm Graeb / Lars Charbonnier, Hg., Individualisierung-Spiritualitaet-Religion. Transformationsprozesse auf dem religioesen Feld in interdisziplinaerer Perspektive, Muenster/Westfalen, 59-86

2006=cast.???: Zweierlei Differenzierung: Funktionale und Ebenendifferenzierung im Fruehwerk Niklas Luhmanns, in: Soziale Systeme 12: 294-310, neu in: Tyrell 2008a, 55-72

Üner, Elfriede 1996: Institution, in: Caspar von Schrenck-Notzing Hg., Lexikon des Konservatismus, Graz et al., 269-274

Verschraegen, Gert 2002: Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory, in: Journal of Law and Society, 29: 258-281

2006: Systems Theory and the Paradox of Human Rights, in: Michael King / Chris Thornhill eds., Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications, Oxford, UK et al., 101-125

Vesting, Thomas 2007: Rechtstheorie. Ein Studienbuch, Muenchen

Werber, Niels 2006: Die neue Volksgemeinschaft, in Die Tageszeitung – taz- 1.02.2006

Willke, Helmut 1975: Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Berlin-West

Wingens, Matthias/ Stephan Fuchs 1989: Ist die Soziologie gesellschaftlich irrelevant? In: Zeitschrift für Soziologie, 19: 208-219

Yin, Robert K. 1984/2003: Case Study Research: Design and Method, 3rd ed.

Introducción

Los grandes temas del nuevo pensamiento jurídico y estatal no carecen de interés para la sociología. No son únicamente dogmas y como tales sólo accesibles a la interpretación y al esclarecimiento histórico. La mayoría de las veces tienen un sentido de realidad o se refieren a realidades en una forma que merecería mayor atención de la que actualmente se les concede.

La simple contraposición entre dogma y realidad es en sí algo que naturalmente deja insatisfecho y que casi no dice nada, ya que ninguna interpretación es totalmente irreal y ninguna realidad aparece sin interpretación. La distinción adquiere una cierta agudeza sobre todo porque separa los puntos de enfoque de los distintos métodos: el sentido de los dogmas se amplía y se despliega hermenéuticamente; las realidades se investigan a partir de sus relaciones causales empíricamente verificables y de sus alternativas. Esta separación metódica tensa a más no poder dos horizontes de comprensión divergentes, divide entre sí a las ciencias, incluso a mundos de pensamiento completos, y exige del investigador decisiones de atribución inequívocas. Debe declarar su método y atenerse a un sistema específico de referencias básicas conceptuales. De otra manera no puede conseguir claridad ni hacerse entender.

Los dogmas jurídicos —en razón de su complicado entramado de sentido, al cual sólo puede penetrarse con un estudio

largo y especializado— son dominio de la interpretación jurídica. Las ciencias sociales los incorporan con cierto recelo.[1] Estas reservas pueden observarse también en otros ámbitos, por ejemplo en la relación de la sociología con las ciencias económicas racionales[2] o con las de la organización racional.[3] Las ciencias del comportamiento fáctico y sus relaciones sociales —preocupadas de su 'neutralidad valórica'— no pretenden establecer el comportamiento correcto. Evitan, con mucho tiento, todo tema donde se trate de modelos normativos o de interpretación de dogmas o de técnicas de racionalización. En todo caso adoptan resultados reconocidos que han sido llevados a la práctica —así como el concepto de 'organización formal' que introduce en la sociología de la organización los resultados de la doctrina clásica organizacional de las ciencias empresariales.[4] Se reservan, sin embargo, su propio juicio crítico sobre lo adecuado del actuar.

La ciencia jurídica, por el contrario, se ha mantenido dogmática —aunque ha aprendido crecientemente a analizar por sí misma la función de sus dogmas en un contexto de solución de problemas. Los cambios de los hechos —con los cuales está obligada a confrontarse— se incorporan como nociones de apoyo a la hora de interpretar la norma. Qué hechos y en qué grado hayan de tomarse en cuenta, depende del grado de indeterminación de la norma respectivamente analizada y del juego que permitan los

[1] Compárese David Riesman, Toward an Anthropological Science of Law and the Legal Profession, The American Journal of Sociology 57 (1951), pp. 121-135, reimpr, en: ídem. Individualism Reconsidered and other Essays, Glencoe Ill. 1954, pp. 440-466.

[2] En este caso —al parecer— el retraimiento de la sociología se da por la sobreestimación del carácter empírico de la teoría económica pura. Compárese para esto Hans Albert, Nationalökonomie als Soziologie: Zur sozialwissenschaftlichen Integrationsproblematik, Kyklos 13 (1960), pp. 1-43.

[3] Véase, p.ej., Renate Mayntz, Die Organisationssoziologie und ihre Beziehungen zur Organisationslehre, en: Erich Schnaufer/Klaus Agthe (eds.), Organisation, Berlín y Baden-Baden 1961, pp. 29-54.

[4] Allí se dan, conceptualmente, malentendidos cuando los sociólogos critican modelos, que han sido pensados normativa o estratégicamente, como si fueran descripciones de la realidad. Por ejemplo en la crítica de la doctrina racional de la organización —para esto Martin Irle, Soziale Systeme: Eine kritische Analyse der Theorie von formalen und informalen Organisationen, Göttingen 1963, en especial. pp. 15ss. —y frecuentemente también en la crítica de la teoría económica pura.

métodos de interpretación reconocidos. Por eso "la pregunta por los límites de la recepción del orden social mediante la norma de los derechos fundamentales… debe quedar ampliamente abierta y dejarse a cada caso particular".[5]

El que temas como los derechos fundamentales queden asegurados en la Ley Fundamental —aunque sigan siendo objeto de interpretación cuidadosa— evita la discusión. Su tratamiento dogmático en calidad de valores intocables refuerza este tabú y los consagra moralmente. La sociología, por el contrario, con su pregunta por la función, abre la mirada a otras posibilidades. Trata lo sagrado como variable para encontrar el sentido de su realidad en sus condiciones de sustitución. Ya no busca la seguridad del conocimiento en conceptos supremos inmutables, sino en el examen de la estructura de un campo de posibilidades de variación. Con su entendimiento establece una nueva razón del comparar en lugar de la antigua razón del simple inquirir. Lo que allí aparece como falta de reverencia puede en verdad ser un nuevo estilo de pensar, que mantiene de manera contenida la expresión de su reverencia, ya que el lenguaje reverencial se ha desacreditado con el ocaso de la metafísica.

Suponiendo que la alternativa entre interpretación dogmática y ciencia social funcionalista se interponga correctamente, ¿por cuál de los lados debe decidirse el pensamiento acerca del Estado? Esta pregunta no puede evitarse —a no ser que se admitan dos ciencias del Estado y que, aun perteneciendo a una misma Facultad, no se confundan entre sí.[6] El pensamiento alemán actual sobre el Estado es en gran medida ciencia estatal jurídica. Se ha fijado métodos interpretativos dogmáticos y, dentro de ese espacio así delimitado, busca un desarrollo ampliando el estilo argumentativo

[5] Christian Graf von Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 2 (1963), pp. 425-449 (440). Compárese también Hans W. Baade, Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany, The Journal of Politics 23 (1961), pp. 421-461.

[6] Incluso más conciliador Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959, quien pretende juntar los dos aspectos en una sola doctrina del Estado. Del lado de la ciencia política también se dan estos esfuerzos. Compárese Kurt Sontheimer, Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre, Freiburg/Br. 1963.

de la interpretación. Se consideran legítimos no sólo los procedimientos estrictamente jurídicos sino también —aunque de manera controvertida—[7] los procedimientos más amplios y más libres de las ciencias filosóficas e históricas de interpretación del sentido. Esta ampliación —a pesar de que los bandos intelectuales ya se habían consolidado en los años 20— parecería satisfacer la necesidad de progreso y modernidad. Las investigaciones e intentos teóricos revolucionarios en el campo de la ciencia política, de la sociología política y de la ciencia de la organización —en la medida en que se tiene noticia de ellos— únicamente se toman por válidos como temas pertenecientes a otras ciencias (sobre todo norteamericanas), quedando así fuera del campo de visión.

Hay en eso el peligro de un arriesgado aislamiento frente a ramas de investigación que, en los últimos decenios, han logrado los más fuertes desarrollos y que, si no nos engañamos, se pondrán a la cabeza en el plano internacional. La doctrina jurídica sobre el Estado, pertrechada por hondas trincheras de desconocimiento, amenaza con perderse en una discusión sobre libertades y métodos de interpretación, y en la construcción de una dogmática artificial sobre parcelas de los derechos fundamentales de la Constitución. Por otra parte, a las ciencias sociales les falta, en su corriente arrolladora, el contacto con todo el acervo de conocimiento y de experiencia que entre nosotros se cultiva y se pule continuamente bajo la forma de dogmas y artículos de la Constitución. Así, por sólo mencionar un ejemplo, la sociología funcional pudo haberse ahorrado una larga e infructífera discusión con sólo haber echado una mirada a la historia del *ius eminens* (es decir, al derecho estatal de excepción) para poder así reconocer que la fórmula de "estabilidad" de un sistema social

[7] Véase el grito de alarma de Forsthoff a los científicos humanistas que evalúan valores de manera demasiado despreocupada: Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Festschrift für Carl Schmitt, Berlín 1959, pp. 35-62; ídem., Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961; también de él., Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, Der Staat 2 (1963), pp. 385-398, el primer y el tercer estudio reimpresos en: ídem, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964. Compárese también la valoración crítica por ambos lados de Peter Lerche, Stil, Methode, Ansicht, Deutsches Verwaltungsblatt 76 (1961), pp. 690-701, y la valoración crítica en la dirección de Forsthoff de Alexander Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts 85 (1960), pp. 241-270.

no es un criterio agudo, deductivamente fecundo.[8] Quien olvida su historia está, en palabras de Santayana, condenado a repetirla.

En esta situación general valdría la pena hacer el intento de empezar a rellenar el foso divisorio que, con el tema unitario de la ciencia del Estado moderno, parte por en medio empiria y dogmática, ciencias del comportamiento y ciencias "interpretativas" del sentido. Debe para ello evitarse un procedimiento puramente ecléctico y toda apariencia de sincretismo metódico, porque de nada ayudaría confundir los frentes. Una empresa así sólo resulta cuando se ofrecen de manera suficientemente precisa su punto de partida, su planteamiento de preguntas y su marco de referencia conceptual. Por eso no escogeremos el camino de una síntesis amplia, sino el sendero del análisis de un caso ejemplar, que —es de esperarse— sea comprensible y comprobable.

Empezaremos en la ribera de la sociología de los sistemas políticos, presuponiendo la aplicabilidad del concepto sociológico de sistemas a las burocracias estatales.[9] Esto es posible porque el análisis funcional de sistemas es aquella variante de la investigación sociológica que ha influenciado tan fuertemente a la ciencia política —sobre todo a su investigación comparada—, que los límites entre los dos ámbitos de investigación ya no pueden reconocerse en el presente.[10] Además la teoría de los sistemas funcionales presenta el

[8] Para esto con más detalle: Niklas Luhmann, Funktion und Kausalität, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 14 (1962), pp. 617-644 (629ss.).

[9] Algunas observaciones sobre esto en mi ensayo Zweck —Herrschaft— System: Grundbegriffe und Prämissen Max Webers, Der Staat 3 (1964), pp. 129-158.

[10] Compárese, para esta delimitación del problema, sobre todo Reinhard Bendix/Seymour M. Lipset, Political Sociology: A Trend Report and Bibliography, Current Sociology 6 (1957), pp. 79-169, y Seymour M. Lipset, Sociology and Political Science: A Bibliographical Note, American Sociological Review 29 (1964), pp. 730-734; además los ensayos en vol. 8, cuaderno 3 (1956) de la Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie; Otto Stammer, Gesellschaft und Politik en: Werner Ziegenfuss (ed.), Handbuch der Soziologie, Stuttgart 1956, pp. 530-611; Hans-Peter Schwarz, Probleme der Kooperation von Politikwissenschaft und Soziologie in Westdeutschland en: Dieter Oberndörfer (ed.), Wissenschafliche Politik: Eine Einführung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie, Freiburg/Br. 1962, pp. 297-333; W. G. Runciman, Social Science and Political Theory, Cambridge, England, 1963. Como nuevos ejemplos de construcción de teoría y de tendencias de investigación: David Easton, An Approach to the Analysis of Political Systems, World Politics 9 (1957), pp. 383-400; David E. Apter, A Comparative Method for the Study of Politics, The American Journal of Sociology 64 (1958), pp. 221-237; Gabriel A. Almond, Introduction: A Functional Approach

enfoque de investigación con el cual la sociología parece acercarse más fuertemente a las ciencias del comportamiento racional.[11]

Como tema de nuestras investigaciones ponemos la mira en un problema que se encuentra en las orillas opuestas de la ciencia jurídico-estatal dogmática: la institución de los derechos fundamentales. Elegimos esto por diferentes razones: por una parte, parece ser especialmente difícil que los derechos fundamentales (en oposición, por ejemplo, a la parte organizativa de la Constitución) encajen en un análisis científico-experimental de carácter no-normativo. En todo caso, hasta ahora no han jugado ningún papel en la investigación de la burocracia. Aquí estamos frente a una reserva de la jurisprudencia que todavía es indiscutible y,[12] cuyo cultivo sociológico promete, de resultar bien, interesantes consecuencias. Además los derechos fundamentales son ahora el centro de interés de la dogmática, ya sea por ser el punto clave de la tutela jurídica del Tribunal Constitucional o, también, porque la interpretación de los derechos fundamentales es especialmente difícil y especialmente estimulante. Finalmente, para esta elección de tema es evidente que hasta ahora no se ha logrado, con métodos puramente interpretativos, presentar en una teoría unificada la conexión de sentido entre

---

to Comparative Politics, en: Gabriel A. Almond/James S. Coleman (eds.), The Politics of Developing Areas, Princeton N. J. 1960, pp. 3-64; Fred W. Riggs, The Ecology of Public Administration, Londres 1961; Herbert J. Spiro, Comparative Politics: A Comprehensive Approach, The American Political Science Review 56 (1962), pp. 577-595; William C. Mitchell, The American Polity: A Social and Cultural Interpretation, Nueva York-Londres 1962; Francis X. Sutton, Social Theory and Comparative Politics, en: Harry Eckstein/David E. Apter (eds.), Comparative Politics, Nueva York-Londres 1963, pp. 67-81; S. N. Eisenstadt, The Political Systems of Empires, Londres 1963, y una buena cantidad de estudios en: Joseph LaPalombara (ed.), Bureaucracy and Political Development, Princeton N. J. 1963.

[11] Traté de fundamentar con más detalle esta suposición en: Funktionale Methode und Systemtheorie, Soziale Welt 15 (1964), pp. 1-25.

[12] Con grandes dudas exceptuaría los escritos de Erich Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954. Él —sin ponerse en contacto con los nuevos desarrollos de la teoría funcional de sistemas— extrae consecuencias del acervo de la sociología únicamente desde la perspectiva de una explicación causal del surgimiento y amenaza de los derechos fundamentales por parte de fuerzas del orden social. Aun así Feschner no se libra de una “confesión” asociológica sobre estos derechos. En esta investigación, por el contrario, se intentará hacer un análisis sociológico de la función de los derechos fundamentales. En la década transcurrida desde el escrito de Feschner se han producido los presupuestos más importantes para ello.

la parte de los derechos fundamentales y las otras disposiciones constitucionales.[13] Si, a partir de la teoría funcional de sistemas, se pudiera esclarecer que los derechos fundamentales no son simplemente normas supra-positivas de proveniencia misteriosa que la naturaleza impone al Estado como derecho, sino que cumplen una función esencial para el Estado, entonces esto sería también un importante aporte al entendimiento global del sistema político de nuestro orden social y su Constitución jurídica —aporte que quizás pudiera también fertilizar a la dogmática interpretativa.

En registro sociológico aparecen los derechos fundamentales como *institución*. Este concepto designa en la sociología no simplemente un complejo de normas,[14] sino un complejo fáctico

[13] Véase para ello Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963), pp. 53-102 (especialmente. 89ss.) y de él también, Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961, pp. 56ss., con la propuesta de buscar el puente según el modelo norteamericano en el pensamiento de la competencia. Puede dudarse si el concepto de competencia sea especialmente productivo. A propósito, se carga con este pensamiento desde la antigua concepción de “government” —la cual ha empezado a dejarse de lado en Estados Unidos para ser sustituida por el concepto de “political system”.

[14] Esto se debe destacar expresamente, dado que desde Maurice Hauriou el concepto de institución se utiliza en la dogmática jurídica también como una especie de concepto de contacto con la realidad social. Así al menos en Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 ap. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962. Debido a esta función de contacto, el concepto jurídico de institución se carga con muchas oscuridades. Así como también el concepto de instituto de derecho (para esto véase Jens Meyer-Ladewig, Justizstaat und Richterrecht: Zur Bindungswirkung richterrechtlicher Institute, Archiv für die civilistische Praxis 161 (1962), pp. 97-128 (100 ss.) parece finalmente designar un complejo de normas, que queda colocado bajo ciertas exigencias de consistencia por parte de la realidad social. Se supone allí que la norma es ‘válida’ independientemente del consenso fáctico. Con esto se pierde la característica sociológica del concepto de institución: que las instituciones ampliando el consenso legitiman una presunción-de-consenso y con eso establecen la base de la acción llevadera —mientras nadie sostenga con eficacia una posición contraria y mientras mantengan su disposición de contacto.

La causa histórica de esta discrepancia parece estar, entre otras, en la versión de Hauriou de la institución como fuente del derecho, la cual es cercana a una interpretación neo tomista que —además de su desafortunada polémica contra Duguit— bloquea su acceso a Durkheim. Quienes después intentaron sugerir una interpretación distinta como Santi Romano L‘ordinamento giuridico I, Pisa 1918 o Georges Renard, La théorie de l‘institution: Essai d‘ontologie juridique, vol. I, París 1930, ya no pudieron salvar esa brecha o afianzarla —aunque en Romano las correcciones decisivas (crítica de la teoría de las fuentes del derecho y de la concepción del derecho o de la institución como complejo de normas; concepción de

de expectativas de comportamiento que, enlazadas a un rol social, se vuelven actuales y, por lo general, pueden contar con consenso social.[15] Las palabras símbolo de los derechos fundamentales (propiedad, libertad de opinión, igualdad, etc.) y los correspondientes artículos de la Constitución simbolizan expectativas de comportamiento institucionalizado y sirven para mediar su actualización en situaciones concretas. La institucionalización de los derechos fundamentales es así primero (y sobre eso no debe engañarnos el que estén inscritos en la Constitución) un acontecimiento fáctico, cuya función queremos investigar dentro del orden social moderno y no sólo su sentido normativo mentado.

Las instituciones son expectativas de comportamiento temporal, objetual y socialmente generalizadas y como tales forman la estructura de los sistemas sociales. En esa medida —y sólo en esa medida— son posible objeto de positivización jurídica. Al mismo tiempo están colocadas en el orden social como componentes estructurales de la pregunta por su función, lo cual a su vez posibilita un control intelectual del proceso de positivización jurídica. Sobre este contexto se basa nuestra hipótesis de que un análisis de los derechos fundamentales con los medios de la teoría funcional-estructuralista de los sistemas pudiera fecundar la dogmática de los derechos fundamentales.

---

la institución como estructura de un sistema social) fueron ofrecidas. Véase para esto también Julius Stone, Two Theories of the Institution", en: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis — Nueva York 1962, pp. 296-338. Para las diferencias entre los conceptos sociológico y jurídico de institución compárense, además, algunas anotaciones de Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlín 1958, pp. 172s., mientras que un trabajo más antiguo de Helmut Schelsky, Die Aufgaben einer Familiensoziologie in Deutschland, Kölner Zeitschrift für Soziologie 2 (1949-50), pp. 218-247 (238ss.) parecía haber logrado un consenso extendido.

[15] En sentido estricto el consenso social debe entenderse como variable. Para expresarlo se habla frecuentemente —en la sociología más reciente— también de "institucionalización" de acciones, expectativas, roles.

I
El sistema político en el orden social diferenciado

Por "Estado" pueden entenderse cosas muy diversas. Sin embargo, una cosa es cierta: los asuntos públicos de nuestro orden social ya no pueden concebirse en el antiguo e indiferenciado sentido de la *res publica*. Ya no corresponde a nuestras circunstancias mirar al Estado como la res publica del orden social ni como la totalidad del bien común de la sociedad, ni tampoco como el vértice jerárquico de la sociedad entera.[1] El hecho es que en la sociedad se han desarrollado sistemas sociales particulares que llevan a cabo la función —relativamente específica— de tomar decisiones que vinculan colectivamente para resolver problemas sociales.[2] En la medida en

[1] Definir al Estado como "auto-organización de la sociedad" no implica sólo un error empírico, sino que también es una descripción fallida del pronóstico de las tendencias de sus dinámicas y es, por lo mismo, escasamente digna de ser imitada. La reducida aplicabilidad analítica de dicha definición resulta evidente si se considera, por ejemplo, que Carl Schmitt formuló su concepto de "Estado total" teniendo en mente tal premisa. Véase Carl, Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, p. 79. Para los derechos fundamentales la consecuencia de tal maniobra es que se termina presentándolos como "principio de distribución fundamental", es decir; como decisión política arbitraria. Véase Carl Schmitt, Verfassungslehre, München-Leipzig 1928, p. 158.
[2] Posiciones similares pueden encontrarse en Gabriel A. Almond, "Introduction: A Functional Approach to Comparative Politics", en: Gabriel A. Almond/James S. Coleman (eds.) The Politics of Developing Areas Princeton N. J. 1960. Herbert J. Spiro, "Comparative Politics: A Comprehensive Approach", The American Political Science Review 56 (1962), pp. 577-595.; Riggs, en: Fred W. Riggs/Edward W. Weidner, Models and Priorities in the Comparative

que lo ha permitido el grado de diferenciación del orden social, han surgido por todas partes burocracias estatales que han hecho de la administración de los asuntos públicos —separada de los intereses religiosos, económicos y culturales— objeto de una actuación continua y profesional de determinadas personas, bajo la forma de decisiones vinculantes. A su lado, y en íntima relación con ello, se ha desarrollado una vida política propia que —relativamente separada de otros roles sociales— se orienta por una racionalidad política singular: con sus propios criterios de éxito y sus propias sanciones. Estas organizaciones estatales y los circuitos de acción política que las circundan, pueden captarse y racionalizarse mediante la función que desempeñan en el orden social. No se les puede seguir igualando con el orden social: ni mediante su identificación como *res publica*, ni por la determinación de fines del "bien común", ni por medio del esquema superior/inferior del modelo jerárquico. Se han establecido como sistemas parciales con una función específica y presuponen que, junto a ellos, existen otros sistemas parciales en el conjunto del orden social.

La reducción de lo políticamente relevante a conjuntos especificados de decisiones es una característica propia del proceso general histórico de la diferenciación de la sociedad. De manera parecida y dependiendo de este proceso, esta mengua puede observarse

---

Study of Public Administration, Chicago 1963, pp. 10s.; Stephane Bernard, "Esquisse d'une théorie structurelle-fonctionelle du système politique", Revue de l'Institut de Sociologie 36 (1963), pp. 569-614. Otros autores definen la función de lo político ya sea tomando en consideración la capacidad de la política para instituir el consenso o bien enfocando su papel como legitimadora del poder (para tomar decisiones que vinculan colectivamente). Como lo muestra el paréntesis, de esa posición no resulta ninguna divergencia objetiva digna de tomarse en cuenta, sino únicamente la infortunada ambigüedad del concepto de "política" —que se puede comprender como opuesto a la administración, pero también incluyéndola. La ventaja que obtiene la ciencia al comprender la política como mecanismo de "solución de problemas" mediante decisión es que logra dirigir la mirada de la investigación hacia el entorno del sistema de la política, el cual plantea problemas y absorbe soluciones. Este enfoque ha demostrado su fertilidad en el ámbito de la investigación comparada. Ello se debe principalmente a que es capaz de aclarar con precisión el sentido de diferencias histórica o regionalmente condicionadas en la estructuración de los sistemas políticos, así como el sentido de sus problemáticas. Este enfoque es compatible con la teoría de la diferenciación funcional. Y, finalmente ejemplifica, en un plano general, la transformación del concepto de sistema, el cual actualmente muchas disciplinas ya no conciben como el orden de las partes de un todo, sino como identidad parcialmente autoasegurada en un entorno complejo y cambiante.

en la precisión conseguida por la interpretación organizada de los temas religiosos relevantes y en la pérdida de funciones de la familia. En lugar de las antiguas orientaciones institucionalizadas —relativamente cerradas y omniabarcadoras— surgen esferas delimitadas de comunicación que, conscientes de las alternativas, se orientan al cumplimiento de funciones específicas y que, debido a ello, carecen de sentido por sí solas. En la noción alemana sobre el Estado no se ha cumplido este proceso fáctico de encogimiento-y-especificación. En ella todavía se detecta la antigua pretensión omniaprehensora de orden —aunque ya no se legitime como verdad— por parte de lo político. Da la impresión —aunque desgraciadamente hace falta investigación empírica— que este concepto de Estado, como expectativa históricamente determinada, sigue dominando en gran parte la toma de posición ante el problema vigente del orden político estatal: por ejemplo, cuando el actuar políticamente motivado con frecuencia corre el peligro de quedar establecido como ilegítimo o sucio; cuando la dogmática constitucional refiere sus textos legislativos a valores que da a comprender como pautas últimas de sentido y no sólo como reglas de decisión; cuando no se reconoce la cantidad (e intensidad) del necesario intercambio entre política y administración pública y, en lugar de ello, se sigue considerando como representante único y neutral del bien común al aparato estatal —Parlamento y tribunales incluidos; cuando se le otorga tan poca (o tanta) comprensión a la moral especial de la formación del poder; o cuando en la sociedad "pluralista" se polemiza contra los que defienden "intereses".[3]

[3] Véase para esto también el ensayo "Demokratie und Sozialstruktur in Deutschland" de Dahrendorf, en Ralf Dahrendorf, Gesellschaft und Freiheit, Munich 1961, pp. 260-299. Dahrendorf tiene razón cuando menciona que uno de los componentes que originó el fracaso de la democracia de Weimar, fue la concepción alemana de Estado. Asimismo los análisis que llevó a cabo Dahrendorf y con anterioridad también Talcott Parsons en Demokratie und Sozialstruktur in Deutschland vor der Zeit des Nationalsozialismus, trad. alemana en: Talcott Parsons, Beiträge zur soziologischen Theorie, Neuwied-Berlín 1964, pp. 256-281, sobre la democracia y la estructura social en Alemania antes del Nacional-socialismo y las condiciones estructurales que propiciaron el fracaso de dicha democracia, acaso podrían haberse sintetizado con mayor precisión si antes de adjudicar críticamente a este concepto de Estado tan solo una "postura utópica en relación con los conflictos políticos y sociales" (véase Dahrendorf *op. cit.*, p. 278), se hubiera analizado en primer término lo que la hace

En el desarrollo de la diferenciación social estas transferencias de funciones son inevitables en todos los sistemas parciales de la sociedad, de allí que tales pérdidas de funciones lleven a reorganizar las normas dominantes y la representación de los valores de dichos subsistemas. Allí donde esto no sucede con suficiencia (o a tiempo), se erigen ideologías románticas que son de interés sociológico como "índice de una inacabada institucionalización de los valores reestructurados".[4]

No obstante, trasladar el ideal del orden antiguo representado por la *res publica* al aparato moderno de decisiones político-administrativas, no es sólo un error de un pensamiento ahistórico (y dicho sea también, precisamente ¡del 'historicismo'!), sino que acarrea, además, consecuencias peligrosas. La especialización del sistema político en tareas de resolución de problemas significa, por una parte, una especificación funcional —por tanto, que ha experimentado una pérdida de funciones, si lo comparamos con antiguos órdenes sociales menos diferenciados. Por otra parte —lo cual no es contradictorio, sino precisamente signo distintivo de esta reestructuración— significa un fuerte incremento de las tareas estatales y de la influencia del Estado. En un orden social diferenciado se producen numerosas tensiones y tal riqueza de alternativas, que en todas las esferas de la sociedad deben resolverse más problemas mediante decisiones. El aumento de poder, complejidad y toma de conciencia por parte del Estado no debe entenderse como aproximación al antiguo orden ideal, sino que está condicionado precisamente por su alejamiento. Aceptar la concepción omniabarcadora tradicional del orden político-humano referido al Estado no sólo lo sobrelegitima, sino que distorsiona, al mismo tiempo, la mirada con la que pudieran observarse las condiciones específicas de su efectiva racionalización —sobre todo en el ámbito del propio actuar político. La racionalización específica de la función de los procesos políticos y de los procesos de decisión llevados a cabo por

utópica, esto es: el hecho de que el Estado ha sido rebasado por el desarrollo de la diferenciación funcional.

[4] Así las define Talcott Parsons con inigualable precisión en Some Considerations on the Theory of Social Change, Rural Sociology 26 (1961), pp. 219-239, especialmente p. 238.

los cargos administrativos, le confiere al sistema político más poder hoy, que aquel que le otorgaba la concepción de la *politeia*.

En esta tensión entre antiguas verdades e intrincadas nuevas situaciones, el pensamiento alemán sobre el Estado parece oscilar entre la ideologización y el desencanto desmedido. Con razón se intuye un núcleo irrenunciable en el postulado de orden que se enlaza al concepto de Estado. El problema está en el destinatario: si la expectativa de realización se dirige "al Estado", se da por presupuesta una centralización del control de las decisiones —centralización que ya no existe en la modernidad del orden diferenciado y que ni siquiera tendría sentido que existiera. Por eso tampoco es casual que las posibilidades de verdad de la ciencia fracasen ante esta tarea.[5] Sobre el lugar que ocupa entre nosotros el concepto de Estado —sin haber tenido en cuenta, todavía, el desarrollo del pensamiento y de las instituciones— debe pensarse de otra manera: probablemente recurriendo a una teoría sociológica acerca de la sociedad diferenciada. Esta teoría permite dirigir una mirada al intrincado entramado de instituciones necesario para el mantenimiento, estabilización y racionalización (descarga de problemas) de este orden social. Sólo en el marco de esta teoría se pueden descubrir las particulares condiciones de acción y logros del sistema político que se aludían con el concepto de Estado.

La concepción de Heller sobre el Estado como "unidad organizada de decisión y acción" había ya caracterizado de manera atinada esta reducción del orden político a funciones específicas;[6] aunque no es sino hasta ahora que todas las consecuencias de esta concepción se hacen visibles. Para su entendimiento se hace indispensable la orientación sociológica: la doctrina del Estado debió esperar a que la teoría sociológica estuviera madura, ya que los

[5] Por querer mantenerse en el plano de la misma pretensión se puede asimismo explicar el fracaso de la discusión norteamericana, la cual empleó la fórmula public interest. Discusión que se llevó a cabo, por cierto, en un contexto más reducido. Véase para esto Glendon Schubert, The Public Interest, Glencoe Ill. 1960. En órdenes sociales altamente diferenciados no pueden presentarse adecuadamente los problemas y las condiciones estructurales bajo la forma de instrucciones para la toma de decisiones. Se debe aprender a diferenciar esos dos planos de generalización.
[6] Hermann Heller, Staatslehre, Leiden 1934, especialmente, pp. 228ss.

problemas que una organización estatal funcionalmente específica (como sistema de acción especial) arroja en el orden social, se deben a la problemática sociológica general de la diferenciación de la sociedad. El surgimiento de un sistema relativamente autónomo de administración profesional de competencias de decisión, es parte del proceso general de diferenciación societal.[7] Este surgimiento es sólo posible cuando todo el orden social, en su conjunto, satisface las condiciones para la diferenciación funcional específica. Y está condenado al fracaso, cuando el nivel de desarrollo de la sociedad no es suficiente para ello —cuando, con otras palabras, la esfera política se separa a la fuerza de un orden social relativamente indiferenciado y se autonomiza prematuramente.[8]

Las razones de este vínculo de surgimiento —entre burocracia estatal y diferenciación general de la sociedad— pueden aprehenderse de manera precisa. Todo orden social debe —en caso de querer sobrevivir— resolver una cierta cantidad de problemas. En referencia a dichos problemas se habla de funciones societales.

[7] Véase para esto el proyecto general de una teoría evolutiva de la diferenciación social de Talcott Parsons en: Talcott Parsons/Edward Shils/ Kaspar D. Naegele/Jesse R. Pitts, Theories of Society: Foundations of Modern Sociological Theory, Nueva York 1961, vol. I, pp. 236-264, y de él mismo, "Evolutionary Universals in Society," American Sociological Review 29 (1964), pp. 339-357.

[8] Compárense las investigaciones que ha realizado Eisenstadt sobre las condiciones que posibilitaron el auge y ocasionaron la decadencia de los imperios burocráticos históricos. S. N. Eisenstadt, The Political Systems of Empires, Londres 1963. Asimismo existen numerosos estudios de países en vías de desarrollo, que tratan el mismo problema y en los que se muestra la tensión que genera una burocracia estatal diseñada según los patrones que dicta la modernidad, aunque en el contexto de un orden social que aún no se encuentra en condiciones de tolerar las exigencias que dicha burocracia le impone. Compárese para esto la detallada versión teórica de este tema en Fred W. Riggs, The Ecology of Public Administration, Londres, 1961; de él mismo, "Agraria and Industria", en: William J. Siffin (ed.), Toward the Comparative Study of Public Administration, Bloomington Ind. 1957, pp. 23-116; de él mismo, "Prismatic Society and Financial Administration", Administrative Science Quarterly 5 (1960), pp. l-46; también de él mismo, "An Ecological Approach: The 'Sala' Model", en: Ferrel Heady/Sybil L. Stokes, Papers in Comparative Public Administration, Ann Arbor 1962, pp. 19-36 y de él mismo y aun no considerado en la investigación que aquí hacemos, Administration in Developing Countries: The Theory of Prismatic Society, Boston 1964. Véanse también los viejos trabajos de Sutton, investigador a quien se reconoce como precursor de la investigación en este tema, Francis X. Sutton, "Social Theory and Comparative Politics", en Harry Eckstein/David E. Apter (eds.), Comparative Politics, Nueva York, 1963.

Las funciones societales se cumplen de manera efectiva y racional cuando se las reconoce como tales, se las formula como tareas y se las hace objeto de un enfoque específico de acciones.[9] Para tareas un poco más amplias, esta ley de la especialización lleva a formas de cooperación social que, en el transcurso del tiempo, toman el carácter de sistemas sociales particulares —cuya función para el orden social toma una forma concreta, a saber, la de una *prestación que se hace al entorno*.[10] En la óptica de esta prestación, el sistema puede racionalizarse internamente y, al mismo tiempo, es esta prestación la perspectiva mediante la cual el entorno tolera, mantiene y conserva al sistema especializado —o mediante la cual el entorno será por su parte provisto de prestaciones. Allí, los problemas de *racionalidad interna* se separan de los *equilibrios externos de las prestaciones*. Los primeros toman la forma de la racionalidad conforme a fines; los segundos, la forma del intercambio —aunque también es posible pensar en otras formas de resolución de problemas. Lo decisivo es que se defina y se mantenga estable una diferencia adentro/afuera, un límite del sistema, porque ésta es la condición de una diferenciación racional de las técnicas de resolución de problemas. A esto se suman distintos estilos de expectativa y de exigencia, de influencia y de motivación, y distintas perspectivas de selección de la experiencia y las comunicaciones en el ámbito interno y externo, cuya especificación hace posible alcanzar una mayor intensidad en la prestación individual.

[9] Con esto no pretende afirmarse que todas las funciones deberían (o bien podrían) transformarse en tareas siguiendo la misma pauta. Para que esto sea posible, las necesidades de la sociedad son demasiado complejas. Además cualquier pretensión de totalidad podría sobrecargar con contradicciones internas y externas las tareas que ya han sido reconocidas como tales y podría propiciar también una gradual limitación de la función racionalizadora de dichas tareas —función que depende a su vez de una clara estipulación de objetivos. Por eso siempre habrá funciones servidas de manera latente que se logren de manera inadvertida por acciones dirigidas a otros fines. La selección de las tareas reconocidas le da al orden social su estructura y le ofrece una red de roles evidentes con capacidad de justificación, aunque su ejecución siempre obliga al actor sólo en roles implícitos con funciones latentes. En el capítulo 9 regresaremos a tratar la tensión entre necesidades funcionales y posibilidades de estructuración, a la que aquí se alude.

[10] Véase, para los notables paralelismos en la construcción de sistemas biológicos, Wolfgang Wieser, Organismen, Strukturen, Maschinen, Frankfurt 1959, p. 70s.

Una diferenciación —especificada por funciones— de la sociedad lleva a una estructuración singular del orden social: al surgimiento de subsistemas orientados a las prestaciones —cuyos límites se mantienen constantes como umbrales de la prestación y favorecen el proceso de racionalización.[11] Debido a su alta racionalidad, la estructura de funciones específicas con sus diversos subsistemas desplaza, paulatinamente, al antiguo tipo estructural de segmentación simple, el cual subdividía a la sociedad en una pluralidad de subsistemas semejantes (prototipo: familias).[12] Esta reestructuración intensifica las interdependencias en la sociedad y, con ello, crecen a tal grado las cargas de la comunicación, que deben constituirse e institucionalizarse modos de comunicación totalmente nuevos: más generales, más abstractos, más indirectos en su operar.[13]

[11] En relación con este problema de mantenimiento de límites traté de explicar la función de las "organizaciones formales" en: Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlín 1964.
[12] Compárese respecto a esta diferenciación Emile Durkheim, De la division du travail social, 7ª ed. París 1960, pp. 149ss. y, después de él, especialmente Talcott Parsons/Neil J. Smelser, Economy and Society, Glencoe Ill. 1956, pp. 255s.; Talcott Parsons, "An Outline of the Social System", en: Talcott Parsons/Edward Shils/ Kaspar D. Naegele/Jesse R. Pitts, Theories of Society, Nueva York 1961, Tomo. I pp. 30-79 (pp. 44s.); y de él mismo, "Evolutionary Universals in Society" American Sociological Review 29 (1964), p. 346.
[13] La sociología funcionalista emplea, por un lado, el concepto de diferenciación social como un concepto para definir estructuras y, por otro, como término para explicar el desarrollo social. Los problemas de la diferenciación juegan un papel decisivo en la estructuración de las oportunidades y riesgos del desarrollo de la sociedad. Compárese para este tema los trabajos de Neil J. Smelser, The Sociology of Economic Life, Englewood Cliffs N. J. 1963, pp. 105ss. y S. N. Eisenstadt, "Social Change, Differentiation and Evolution", American Sociological Review 29 (1964), pp. 375-386. El empleo de estos postulados no pretende resucitar el evolucionismo del siglo XIX —corriente teórica que el funcionalismo ya superó. La diferencia de nuestro planteamiento está, en comparación con las tesis del evolucionismo, en renunciar a las tesis de determinación causal (leyes de la historia) en un plano macrosociológico, así como también en el rechazo de hipótesis que postulan un desarrollo estrictamente lineal y universalmente válido. En este trabajo se vislumbra la diferenciación social como una estructura de la sociedad que ofrece ventajas, la cual se puede desplegar desde diversas constelaciones de origen, esto es, puede comenzar su carrera en ámbitos funcionales tan disímiles como la religión, la política o la economía y cuya irreversibilidad, sin embargo, es definitiva —una vez que surgen las instituciones que son capaces de mantener bajo control los problemas que ella misma ocasiona. O bien, reversible únicamente como resultado del colapso de dichas instituciones. Una hipótesis que contempla la posibilidad de que la diferenciación de subsistemas con funciones específicas siga un orden secuencial determinado se puede

El orden global diferenciado imprime su propio cuño en las condiciones de comunicación, aun en el caso en que el interés de la sociedad por lograr decisiones vinculantes conduzca a la diferenciación de un sistema político relativamente eficiente y autónomo. Un orden político establecido como un sistema singular de acción no debe organizarse a sí mismo tan sólo para responder adecuadamente a su función (tomar decisiones que vinculen). No sólo debe estar en situación de lograr (por la forma en que efectúa las prestaciones) disposición a colaborar y reconocimiento (legitimidad) para sus decisiones. Además de eso debe —de manera todavía más fundamental—atender a los supuestos de diferenciación general del orden social, más allá del golpeteo de los acontecimientos políticos particulares. El sistema político es un subsistema no sólo en el plano del intercambio efectivo de prestaciones con otros ámbitos del orden social. En este plano del actuar-conscientemente-orientado-a-fines, el equilibrio sólo puede encarrilarse si todo el orden social está de antemano predispuesto a la diferenciación. Como subsistema del orden social genérico, el sistema político depende, en primer lugar, de que las disposiciones generales de vivencia y acción se encuentren previamente estructuradas de manera procedente.

Podemos ilustrar el acceso a estas condiciones previamente estructuradas mediante una consideración intermedia altamente abstracta. No es casualidad que la teoría general de los sistemas sociales, e incluso la teoría de sistemas por antonomasia, haya surgido en un tiempo en el que también se ha incrementado el interés teórico por la comunicación entre los seres humanos. Aunque todavía hace falta una síntesis reconocida de estos dos campos teóricos en el plano de una conceptuación más general y a pesar de que la mayoría de los investigadores se inclina por una u otra de estas teorías, es ineludible ya relacionarlas estrechamente.[14] Los sistemas-de-acción son

---

encontrar en Talcott Parsons/Edward Shils/Kaspar D. Naegele/Jesse R. Pitts, Theories of Society: Foundations of Modern Sociological Theory, Nueva York 1961. Según Parsons, la diferenciación comenzaría en el subsistema de la religión o de la política y continuaría luego en el de la economía. Véase para una versión más detallada de esta hipótesis Bert F. Hoselitz, "Economic Policy and Economic Development", en: Hugh G. J. Aitken (ed.), The State and Economic Growth, Nueva York 1959, pp. 325-352 (pp. 333ss.).

[14] Quizás esta congruencia sea justo la razón de por qué investigadores que parten de la teoría

sistemas no por el contexto físico de comportamiento representado por la unidad del organismo ni por el mutuo percibirse, sino por el sentido comunicativo de su actuar: ya sea que el contenido principal de la acción se exprese (o no) de manera hablada o escrita, o que se realice de manera intencional o inconscientemente expresiva.[15] En la ejecución fáctica de la acción, las comunicaciones son el momento constituyente de sistema; así como al revés: los sistemas estructuran los procesos de comunicación y con ello los vuelven intersubjetivamente comprensibles.

Si este punto de partida general es correcto, entonces la problemática de la diferenciación social se vuelve a encontrar en los procesos de comunicación y se expresa en las exigencias hechas a la idiosincrasia comunicativa de la sociedad. La diferenciación por funciones-específicas es sólo posible, cuando ya se ha institucionalizado una cierta "liberalidad" en la formación de expectativas y de la comunicación: cuando —en cierta medida— el individuo puede escoger a su pareja de rol y, con relación a ello, cuando define (o deja definir) la manera en que él mismo se presenta, sus participaciones habituales y las expectativas que dirige al otro.[16] A esto corresponde

---

de sistemas descuidan la teoría de la comunicación y viceversa: en el marco de referencia de una se encuentran implícitos los conceptos de la otra.

[15] A pesar de que la teoría de la comunicación se haya circunscrito preponderantemente al estudio de las participaciones intencionales, sobre todo de las participaciones orales - véase como ejemplo típico de esto Hans Gerth/C. Wright Mills, Character and Social Structure: The Psychology of Social Institutions, Nueva York 1953, pp. 81ss., eso no implica que esa predisposición sea una limitante para ser aplicada en el plano de abstracción que hemos seleccionado, porque debe tenerse en cuenta que las transmisiones de sentido —habladas o no habladas, intencionales o inconscientemente expresivas— pueden ser equivalentes funcionales en los marcos operativos de un sistema. El ejemplo más representativo del creciente interés sociológico en las representaciones comunicativas no-intencionales son los trabajos de Erving Goffman. Compárese Erving Goffman, The Presentation of Self in Everyday Life, 2ª ed. Garden City N. Y. 1959; Encounters, Indianapolis Ind. 1961; Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity, Englewood Cliffs N. J. 1963 y Behavior in Public Places: Notes on the Social Organization of Gatherings, Nueva York-Londres 1963. Compárese también en relación con este problema la posición de Gregory P. Stone, "Appearance and the Self", en: Arnold M. Rose (ed.), Human Behavior and Social Processes, Boston 1962, pp. 86-118.

[16] Eisenstadt habla aquí reiteradamente de "free floating resources" para referirse a este fenómeno. Véase para esto S. N. Eisenstadt, The Political Systems of Empires, Londres 1963, compárese también de él, "Bureaucracy and Bureaucratization", Current Sociology 7 (1958), pp. 99-164 y de él también S. N. Eisenstadt, "Social Change, Differentiation and Evolution",

—en el trato social— orientarse por roles específicos y, en esa medida, "impersonales";[17] entender el alto grado de separación de los roles en las relaciones sociales;[18] prestar atención automática —por así decirlo— a los límites correspondientes de la comunicación y, en todos los contactos fuera de la esfera de la intimidad, enfocarse a los contextos objetuales (en vez de a los personales) de la acción.

Una sustracción así de los contactos —a roles específicos y a contextos de acción— reduce a exigencias mínimas la necesidad y las oportunidades del consenso. Para la mayoría de los contactos se necesita (y se busca) únicamente un reducido *modus vivendi* fácil y rápido de encontrar, además de que se aprende a pasar por alto todos aquellos aspectos que no vienen al caso en el aquí y en

American Sociological Review 29 (1964) pp. 376 s. Lo que Eisenstadt quiere decir con esta expresión es que las pautas que sirven como guías de la acción se independizan de vínculos específicos con determinadas personas o grupos de personas. Véase además el concepto de "uncommitted resources" que sirve como fundamento a la teoría de la capacidad de aprendizaje de los sistemas de Karl W. Deutsch. Véase para esto Karl W. Deutsch, The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control, Nueva York-Londres 1963, pp. 96, 164. Compárese también para esto Talcott Parsons, "Some Principal Characteristics of Industrial Societies", en: Cyril E. Black, The Transformation of Russian Society, Cambridge Mass. 1960; y en la misma línea también Talcott Parsons, Structure and Process in Modern Societies, Glencoe Ill. 1960, pp. 132-168.

[17] Véase para esto la investigación comparada sobre organizaciones del trabajo en órdenes sociales no industrializados de Stanley H. Udy, Jr., "Administrative Rationality, Social Setting, and Organizational Development", The American Journal of Sociology 68 (1962), pp. 299-308. Esta investigación concluye que la especificación de roles y las estructuras de motivación son las precondiciones más importantes sobre las que descansa la racionalidad organizativa. Algunas agudas apreciaciones sobre el tema pueden encontrarse también en Fred W. Riggs, "Agraria and Industria", en: William J. Siffin (ed.), Toward the Comparative Study of Public Administration, Bloomington Ind. 1957.

[18] Separación de roles quiere decir aquí que no se puede (ni se debe) deducir, sin más, de un rol de una persona otro rol de la misma persona (y esto ni en el sentido de un pronóstico ni tampoco en el sentido de una expectativa normativa de comportamiento) simplemente porque se trata de una y la misma persona, en diferentes roles sociales. Con otras palabras: la identidad de la persona ya no es garante, como en todas las sociedades elementales, de la coherencia social de los roles. Desde el estilo expresivo, la separación de roles ha sido descrita como comportamiento "impersonal" —así por ejemplo Max Weber. Sin embargo, el concepto "impersonal", en cuanto concepto negativo, es indeterminado e indeterminable, ya que naturalmente dicha denominación no quiere decir que el comportamiento no se refiera a personas. Por esta razón puede alcanzarse un mejor nivel explicativo si se sustituye el concepto weberiano "impersonal" por el de separación de roles. Compárese para esto también Roy G. Francis/Robert C. Stone, Service and Procedure in Bureaucracy, Minneapolis 1956.

el ahora, y en los que se discrepa ampliamente. No se exteriorizan opiniones ni expectativas de comportamiento que —en determinadas situaciones— no posean posibilidad alguna de consenso. Y este paralelo sociológico con la represión psíquica interna, facilita que los contactos se lleven adelante sin asperezas y sin que la diferencia de horizontes de la vivencia obligue permanentemente a tomar decisiones conflictivas. La seguridad del comportamiento social no se funda sobre la confianza interna en una comunidad solidificada de la experiencia y la perspectiva del mundo, sino en garantías específicas de sistema que aseguran al respectivo conjunto de roles la correspondiente motivación del comportamiento. Lograr tales actitudes hacia modelos de comportamiento socialmente esperables requiere capacidad y disposición a orientarse por consideraciones indirectas: en el trato normal, contener la expresión inmediata de necesidades y sentimientos personales y planear la vida dentro de un horizonte relativamente amplio de tiempo. Alta disponibilidad de comunicación y, correspondientemente, elevada autodisciplina, son los aspectos fundamentales del comportamiento, que el proceso general civilizatorio de la diferenciación presupone.[19]

Estas precondiciones generales de la diferenciación social —cuyos análisis profundizaremos en los dos siguientes capítulos— se han establecido en el transcurso del desarrollo histórico en un marco de surgimiento y caída de organizaciones. El Estado solo no las ha creado ni garantizado. No son el resultado del otorgamiento de garantías jurídicas ni de decisiones sobre problemas —aunque tampoco pertenecen a una esfera "puramente societal" en la que el Estado "no tuviera nada que ver". La burocracia estatal debe estar atenta en sus límites a los peligros de la desdiferenciación, de los conflictos y de la fusión de estructuras, los que disminuyen el potencial general de diferenciación del orden social y, con ello —sin considerar todo lo demás— también podrían hundir, en una cadena de efectos retroactivos, la eficiencia misma de la burocracia. A este peligro de desdiferenciación se refiere la función de los derechos fundamentales —y ése es el tema de nuestra investigación.

[19] Cfr., Norbert Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, 2 Tomos, Basel 1939.

Los derechos fundamentales sirven al orden social industrial-burocrático como una de las instituciones (entre otras muchas funcionalmente equivalentes) que ayudan a consolidar la índole de la comunicación, con el fin de mantenerla completamente abierta a la diferenciación. Garantía de libertades no es otra cosa que garantía de posibilidades de comunicación —no con ese propósito declarado, pero sí con la función latente de asegurar una cierta disponibilidad y, con ello, la índole de motivación de las comunicaciones. Presupone desligar las posibilidades de comunicación de vías de expresión demasiado afianzadas en el plano emotivo, demasiado personales, demasiado grupales. Los derechos fundamentales se relacionan con este momento del desarrollo civilizatorio de la sociedad —por eso son algo enteramente distinto a "derechos humanos" eternos— y lo confirman en la medida en que intentan contrarrestar las tendencias involutivas contenidas en él.[20] Impiden que todas las comunicaciones se encaminen a los fines particulares de la burocracia estatal, haciendo así posible que dichos fines se racionalicen en dirección de una prestación *funcional específica* —lo cual presupone siempre otras prestaciones, otros sistemas de consecución de intereses, otras fuentes de poder y de prestigio social en el orden de la sociedad.

El peligro de desdiferenciación (el peligro de politizar la manera de ser de la comunicación) se encuentra implicado en la emancipación de la sociedad y en el postulado de autonomía del sistema político, de aquí que sea una característica del proceso mismo de diferenciación. El orden político diferenciado muestra predisposiciones a la inestabilidad a causa de:

1) la indeterminación de aquello que pueda ser problema necesitado de decisión política. La función política no es una tarea objetual con contenidos firmemente trazados, su temática depen-

[20] Eisenstadt observa también que en los esfuerzos expansionistas del sistema de la política puede percibirse una tendencia a favor de la desdiferenciación del orden social, S. N. Eisenstadt, "Social Change, Differentiation and Evolution", American Sociological Review 29 (1964), pp. 381s. Véanse para esto también los estudios motivados por los problemas de inmigración en Israel, los cuales muestran una tendencia a fusionar burocracia con sociedad: S. N. Eisenstadt, "Bureaucracy, Bureaucratization, and De-bureaucratization" Administrative Science Quarterly 4 (1959), pp. 302-320 y Elihu Katz/S. N. Eisenstadt, "Some Sociological Observations on the Response of Israeli Organizations to New Immigrants", Administrative Science Quarterly 5 (1960), pp. 113-133.

de de qué problema en cada caso se politice, dado que no existen soluciones institucionalizadas mejores.[21]

2) la centralización del poder legítimo para las decisiones vinculantes.

3) la generalización de este poder, su capacidad de ser utilizado para muchos fines cambiantes.

4) el grado de abstracción de una racionalidad distintivamente política y de la peculiaridad del lenguaje político, al cual deben traducirse las consideraciones de las otras esferas sociales —si es que quieren conservar peso político.

5) la fluctuación del apoyo político, cuya movilidad se ha institucionalizado con la construcción de un rol general de elector —separado de los otros roles sociales del elector— para mantener la posibilidad de la alternancia en el poder.

El efecto conjunto de estos componentes instaura la autonomía del sistema político y, al mismo tiempo, fundamenta la posibilidad de una salida inesperada fuera de los marcos de la sociedad.[22] Por este motivo, el mantenimiento de la diferenciación social necesita instituciones correctivas y bloqueadoras que se opongan a este peligro. La separación de poderes es una de las más conocidas; la separación de política y administración[23] —que Goodnow[24] prefería a la división de poderes—, una de las más eficaces. Aunque ante todas, debe nombrarse a la institución de los derechos fundamentales que está —con razón— contemplada en la nueva doctrina constitucional alemana en el centro de la concepción sobre el Estado.

[21] Bernard indica acertadamente que la manera en la que el sistema de la política enfoca sus problemas —y, por lo tanto, traza sus límites— es en realidad un asunto que depende de las disposiciones de la sociedad. Este enfoque adquiere otras formas dependiendo del momento histórico del cual se trate o del orden social con el cual se compare, pero, además, desde el punto de vista teórico no puede explicarse de una vez para siempre. Stephane Bernard, "Esquisse d'une théorie structurelle-fonctionelle du système politique", Revue de l'Institut de Sociologie 36 (1963), p. 582. Este es también el motivo que explica por qué una comprensión del sistema político como sistema de toma de decisiones para resolver problemas resulta tan útil como modelo para investigaciones comparativas.

[22] Véase también la reintroducción de la posibilidad de "fracturas" políticas en estas condiciones estructurales en Neil J. Smelser, Theory of Collective Behavior, Nueva York 1963, pp. 180ss.

[23] De manera más detallada en pp. 148 ff.

[24] Frank J. Goodnow, Politics and Administration: A Study in Government, Nueva York-Londres 1900.

Una versión así de los derechos fundamentales —como institución que preserva un orden diferenciado de la comunicación— sólo se hará aceptable cuando se valore con justeza lo que significa la comunicación entre seres humanos. La comunicación es el proceso social elemental de la constitución de sentido en el contacto entre seres humanos, sin ella serían impensables tanto las personalidades como los sistemas sociales.[25] La teoría general de la comunicación ofrece un fundamento poderoso para entender los derechos fundamentales, puesto que está en situación de poder acoger los intentos de interpretación que se han hecho hasta ahora. Al mismo tiempo —dado que permite una elaboración más precisa— hace posible que la dogmática jurídica retome el contacto perdido con las ciencias empíricas.

Para dar clara cuenta del sentido y amplitud de esta reinterpretación, dedicaremos los dos siguientes capítulos a estudiar los fundamentos metajurídicos de la dogmática jurídica preponderante, y los convertiremos en problemas formulados en términos de la teoría de sistemas y de la teoría de la comunicación. En lo esencial tendremos que ver con dos ideas que —como los derechos fundamentales mismos— surgieron en el proceso de disolución de la doctrina medieval de la jerarquía de las fuentes del derecho —debiéndole su particular problemática a esta circunstancia de transición. La primera la constituye la teoría de la separación entre Estado y sociedad, que ofrece una formulación transitoria y todavía inadecuada del problema de la diferenciación de las esferas de comunicación. La segunda la constituyen los intentos de fundamentar los derechos fundamentales de manera no-onto-teológica, entre los cuales descuella en la actualidad (después del derrumbe del derecho racional de la Ilustración) el intento de la dogmática de la teoría del valor o de las ciencias filosófico-humanistas, que ofrece una formulación provisional y todavía insuficiente del problema de la generalización de las comunicaciones.

[25] Véase un resumen de las diferentes estaciones del desarrollo de esta idea en Hugh Dalziel Duncan, Communication and Social Order, Nueva York 1962. Algunas contribuciones de interés sobre el tema pueden encontrarse también en Arnold M. Rose (ed.), Human Behavior and Social Processes: An Interactionist Approach, Boston 1962.

2
La jerarquía de las leyes y la separación entre Estado y sociedad

El surgimiento del Estado moderno entendido como una organización política *sui generis* de la sociedad (como sistema social especial para la elaboración de decisiones vinculantes) ha encontrado muy pronto, consciente y solícitamente, eco en la doctrina del Estado. Ha triunfado ineludiblemente el entendimiento de que el Estado moderno no puede entenderse como la esencia pública del ser humano (del *zoon politikon*) y de que, por otra parte, tampoco se agota en el rol tradicional del señor y su orden doméstico, de sus consejeros y su tropa, ni en la administración republicana de la antigua tradición. Se aprecia que la existencia y decisiones del Estado requieren fundamento. Aunque cada fundamentación debe encontrar su punto de apoyo en otro campo: "por el simple hecho de pensar en un fundamento, el fundamento se sitúa fuera de lo fundamentado".[1]

No podemos seguir aquí en detalle todos los intentos de fundamentación. Se separan poco a poco de las ideas tradicionales de las fuentes jerárquicas del derecho (del orden de *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex positiva*)[2] y se dirigen a la dicotomía

[1] Johann Gottlieb Fichte, Erste Einleitung in die Wissenschaftslehre, § 2. Obras selectas (ed. Medicus), Darmstadt 1962, Tomo 3, p. 8.
[2] Un ejemplo típico y particularmente efectivo: el rechazo de la distinción (de una fundamen-

Estado/sociedad que, por ser menos integradora, parece ser más adecuada a la nueva diferenciación de sistemas.[3] Las nuevas doctrinas contractualistas (que se unen sólo en apariencia con la doctrina antigua y medieval), pasan por la versión puritana del Estado como instrumento de la realización de la libertad en la forma de derechos y por la sociología escocesa.[4] Es finalmente la necesidad de fundamentación (cuyas profundas raíces vienen de la separación entre ser y pensar, y que no podemos exponer aquí) la que con fuerza penetrante escinde la realidad social en una esfera-del-Estado y una esfera-de-la-sociedad. El Estado debe justificarse a sí mismo en la sociedad y ante la sociedad. La concepción de Hegel —que retoma el esquema de separación aunque invirtiendo la correspondencia del fundamento— no ha tenido consecuencias reales.

Los derechos fundamentales nacieron en esta situación histórica de transición que va desde la idea jerárquica de las leyes hasta la dicotomía entre Estado y sociedad. Son testimonio de una profunda reorientación que va de un antiguo pensamiento ético vinculante a una nueva mentalidad de exigir derechos, con la cual la doctrina de política y Estado reacciona a la destrucción de sus fundamentos de verdad mediante la concepción científica rigurosa de la edad moderna.[5] La libertad misma (ausencia de vínculo) se

---

tación jurídica basada en el derecho natural y en el derecho positivo como criterio de defensa de la propiedad frente al Estado) que hace Hugo Grotius en: De iure belli ac pacis libri tres, lib. II c. 14 § 7. Más sobre este tema en Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 5ª ed., Aalen 1958, pp. 268ss.

[3] Compárese, acerca de lo inadecuado de esta distinción para comprender el orden público en la Edad Media y su difusión en la época del Absolutismo, Otto Brunner, Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter, 3ª ed., Brünn-München-Wien 1943, pp. 124ss.

[4] Véanse los apuntes sobre la historia de los dogmas que hace Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, pp. 341ss., además Adalbert von Unruh, Dogmenhistorische Untersuchungen über den Gegensatz von Staat und Gesellschaft vor Hegel, Leipzig 1928; Horst Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, Publicación en homenaje a Rudolf Smend, Tübingen 1962, pp. 23-49, y Erich Angermann, "Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft im Denken des 18. Jahrhunderts", Zeitschrift für Politik 10 (1963), pp. 89-101.

[5] Para esto compárese con Michel Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, París 1957, pp. 249ss. Véase asimismo, para comprender la importancia del pensamiento de Hobbes en este proceso de transformación, Leo Strauss, The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and its Genesis, 2ª ed. Chicago 1952, pp. 155ss., y de

concibe ahora como derecho, y los vínculos deben ser repensados en el ámbito de límites jurídicos, de barreras impuestas. Sin embargo, en un primer momento, esta redisposición se soporta todavía por la fe en la razón.

Los derechos fundamentales le deben a esta constelación —tan única e irrepetible— su cuño, le deben la posibilidad de exhibir un alto *pathos* jurídico al servicio de una dicotomía antagónica, así como le deben su forma expresiva y su ideología —aunque, no así, su función. No podemos aprehender con suficiencia la función de los derechos fundamentales ni con el modelo de la jerarquía de las leyes ni con el modelo de la separación entre Estado y sociedad. Estos dos modelos no sirven ya de artículos de fe, aunque sí de esquema heurístico para nuestro pensar. Deben repensarse si se quiere lograr una comprensión más actual de los derechos fundamentales.

La conocida insuficiencia de fundamentar el Estado y el Derecho sobre la base de la jerarquía de las leyes (o en un sentido más amplio, del derecho natural) reside en la dificultad de demostrar —mediante métodos que, según la comprensión de la ciencia moderna, puedan conducir a un conocimiento verdadero— la existencia de un derecho de rango superior. No podemos retornar al derecho natural —precisamente porque nuestro horizonte se ha ensanchado y no es posible renunciar a la posibilidad de elección. Lo que se mantiene es tan sólo la manera de plantear el problema. Se continúa dependiendo del esquema de preguntar de la jerarquía de las leyes. Esto se revela en el hecho de que no podemos separar —como antes— la idea de "fuente del derecho" de la idea de validez del derecho, aunque ya hace mucho que se han derrumbado los presupuestos de esta unidad (el concepto de que la verdad se manifiesta como apariencia del ser, que debemos a la filosofía griega).[6] La idea de la jerarquía de las leyes influye, sobre todo, en

él mismo, Naturrecht und Geschichte, Stuttgart 1956, especialmente pp. 188s. Para la ambivalencia del periodo de transición anterior a Hobbes consúltese el acertado enfoque de Roman Schnur en, Individualismus und Absolutismus: Zur politischen Theorie vor Thomas Hobbes (1600-1640), Berlín 1963.

[6] Y esto puede seguirse afirmando aun si se toman en consideración los nuevos esfuerzos por crear una filosofía fenomenológica. En todo caso, en el ámbito de la filosofía de la ciencia con pretensiones críticas ya no existe la disposición a aceptar sin reparo las viejas "fuentes"

que la justificación tanto del Estado como la del Derecho se sigue buscando en un derecho superior, es decir, la justificación se orienta por el modelo jerárquico.[7]

La orientación jerárquica sobrevive posiblemente debido a que brinda al derecho un esquema de flexibilidad y cambio limitados. Con esto entra en franca oposición con una necesidad importante de los órdenes sociales diferenciados: en sus órdenes normativos, deben institucionalizar distintos planos de generalización, en el sentido de que normas inferiores puedan especificarse y, según la necesidad, cambiarse —sin que se pongan en entredicho valores superiores.[8] El deseo de cambiar el derecho no debe ser tomado de inmediato como alta traición; debe ser legítimamente expresado en el marco de valores reconocidos. Por eso, en la discusión actual sobre los derechos fundamentales, el persistente recurrir a los valores (en lugar de a las normas) tiene un sentido funcional —aunque desde el punto de vista científico no pueda explicitarse ni justificarse con suficiencia.

La insuficiencia de la separación entre Estado y sociedad se ha vuelto más clara a partir del fuerte aumento de las interde-

---

del conocimiento verdadero (experiencia y razón), como argumentos para justificar algún fundamento. Precisamente el dualismo de estas fuentes y la discusión que las acompaña son los motivos que forzaron dicha disociación. Sin embargo, al concepto de fuente de derecho no se le ha sometido hasta ahora a un proceso de desagregación similar —aunque aquí la identificación de fuente y fundamento lleva lo mismo a dificultades insolubles que a teorías sobre las fuentes del derecho muy divergentes entre sí y muchas veces 'pluralistas'.

[7] Probablemente sería conveniente llevar a cabo una reflexión sobre la tendencia general del pensamiento ontológico a aligerar y modificar su trabajo en preguntas referentes al Ser, partiendo de una clasificación jerárquica del Ser. Véase para esto con argumentos plausibles a Eugen Fink, Alles und Nichts: Ein Umweg zur Philosophie, La Haya 1959.

[8] Entre los antecedentes históricos de la cultura jurídica racional moderna se pueden contar no solamente los lúcidos conceptos romanos y los sistemas de pensamiento de la temprana modernidad, sino también y con el mismo nivel de importancia, la aplicación que se hizo en el derecho en la Edad Media de la representación de una jerarquía elástica. Dicha tendencia propició la movilización del derecho y sentó las bases para el desarrollo del derecho positivo. Véase, para el lado sociológico de esta discusión, Neil J. Smelser, Theory of Collective Behavior, Nueva York 1963, pp. 278ss. Smelser entiende la institucionalización de la distinción normas/valores como característica trascendente para la conservación de los órdenes sociales diferenciados, lo mismo que como precondición estructural de los movimientos sociales reformistas. Véase, además, para la artificialidad de esta distinción Robert N. Bellah, "Religious Aspects of Modernization in Turkey and Japan", The American Journal of Sociology 64 (1958), pp. 1-5.

pendencias entre ambas "esferas". En vista de ello se proclama la superación de esta contradicción.[9] Lo que sucede en realidad es que se siguen sintiendo los efectos de resaca de este esquema-subyacente-de-pregunta, en la medida en que se sigue cultivando, en una u otra forma, el modelo de contraste dicotómico (individuo vs. colectividad; libertad vs. planeación). A esto se asocia la convicción —tenida por usual— de que el ciudadano se hace crecientemente dependiente del Estado, y de que el Estado se vuelve crecientemente dependiente del individuo, en la medida en que éste puede organizar sus intereses en forma de asociación. Ambas situaciones se consideran igualmente amenazantes —quizás debido a que el sentimiento de la vida y el modelo mental no se han armonizado todavía con el fenómeno de incremento de la diferenciación y de las interdependencias en el orden social general. Nuestro problema principal —el mantenimiento del potencial de diferenciación de la sociedad— se expone entonces con la formulación bastante elemental que le da Gehlen: ¿Qué es lo que impide que el Estado se diluya en sus innumerables funciones sociales?[10]

La tesis de la separación entre Estado y sociedad sobrevive, además, encubierta en nuestro concepto de Estado-de-derecho. Debe su peculiar carácter apolítico,[11] ante todo al hecho de que la sociedad (separada del Estado) ya no se concibe como comunidad política (*societas civilis*) —sin que, por otra parte, haya habido ninguna concepción sociológica convincente que hubiera hecho ver con claridad la función y los límites del sistema político en la sociedad. Así a la sociedad le queda un complejo de angustia frente a la política —la cual debe dejarse en manos del Estado y sujetarse entonces desde fuera.

[9] Véase por ejemplo C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, pp. 73ss.; Karl Mannheim, Freedom, Power, and Democratic Planning, Nueva York 1950, pp. 42ss.; Hans Huber, Recht, Staat und Gesellschaft, Bern 1954, pp. 27s.; Arnold Gehlen, "Industrielle Gesellschaft und Staat", Wort und Wahrheit 11 (1956), pp. 665-674 (p. 669); Hans Freyer, Das soziale Ganze und die Freiheit des Einzelnen unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters, Göttingen-Berlín-Frankfurt 1957.

[10] Arnold Gehlen, "Industrielle Gesellschaft und Staat", Wort und Wahrheit 11 (1956), pp. 665-674 (p. 667).

[11] Más sobre este tema en la página 137. (En el libro p. 29)

La fórmula de separación entre Estado y sociedad es, además, un modelo conceptual insuficiente, porque con la tesis de la separación agota tanto sus posibilidades explicativas como sus medios conceptuales. No puede analizar —sino sólo registrar hasta dónde llega— la separación misma y las condiciones societales de su posibilidad. También carece del marco conceptual de referencia con el que pudiera explicar qué es en realidad lo que se separa: ¿acciones o expectativas?, ¿sistemas o instituciones?, ¿grupos o lealtades? Y porque no especifica el punto nodal de la separación que afirma, le falta entender lo decisivo: que la separación, en el sentido de la diferenciación funcional, trae como consecuencia el refuerzo de la dependencia mutua entre las partes separadas: que, por lo tanto, separación y dependencia no se excluyen mutuamente sino crecen juntas.

De allí, en estrecha conexión, se deriva que los derechos subjetivos (en particular los derechos fundamentales) puedan concebirse en rigor como límites al proceso legislativo por parte del Estado, aunque este proceso legislativo no pueda conducirse ni racionalizarse a partir de dichos límites —cosa que sería de esperar de los "límites". Tomar en consideración los derechos fundamentales no es garantía de rectitud. En cuanto la concepción de los derechos fundamentales desbanca el control jerárquico de la positivización del derecho —derivada de una supeditación del derecho objetivo a fuentes de rango mayor—, se pierde una función. Esta laguna puede llenarse con un análisis sociológico de la función de los derechos fundamentales.

La teoría de los sistemas funcionales permite dejar de lado esta manera antigua de interponer la pregunta y con ello se vuelve capaz de discutir de manera imparcial este estado de cosas. No ve a la esfera política —como lo hacía la antigua sociología política— como un "epifenómeno de la sociedad".[12] No sólo, pues, como resultado y factor de las fuerzas de la sociedad (presuponiendo en esa medida el esquema de separación entre Estado y sociedad bajo la forma de

[12] Esta expresión se debe a Siegfried Landshut, "Zum Begriff und Gegenstand der politischen Soziologie", Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 8 (1956), pp. 410-414 (p. 413).

la distinción entre causa y efecto); sino precisamente al revés: ve al Estado moderno como formación de la esfera política en relativa autonomía societal, como subsistema de la sociedad encargado de una función específica dentro del orden total y que, con ese fin, se diferencia y se hace autónomo.[13] Comprender la autonomía de lo político presupone entender la diferenciación de la sociedad. Así la teoría de los sistemas sociales puede hacer de la piedra de escándalo —las crecientes diferenciación e interdependencia— un tema directo y, a decir verdad, en la forma de un problema sistémico del orden social: si quiere sobrevivir necesita encontrarle soluciones. Se abandona con ello, al mismo tiempo, todo enfoque de pensamiento sobre el cual se apoyan la forma de expresarse y la interpretación de los derechos fundamentales. Con la pregunta acerca de su función se va al trasfondo de los derechos fundamentales y se valoran conforme a perspectivas incongruentes —lo cual habrá de enriquecer nuestro entendimiento.

La diferenciación social supone generalización de las comunicaciones.[14] Esto significa: las comunicaciones deben poder transmitir un sentido que es general, en la medida que se puede mantener, siendo el mismo en diversas situaciones, a pesar del cambio de circunstancias. De ello se deriva la posibilidad de repetir las experiencias, de grabar en la memoria, de aprender.[15] Ciertos

[13] El ejemplo de Seymour M. Lipset es una muestra de que la nueva sociología política también ha hecho suyo este punto de vista, Seymour M. Lipset, Soziologie der Demokratie, traduc. alemana, Neuwied y Berlín-Spandau 1962, pp. 16s.

[14] Esta es una de las tesis más importantes de la sociología de Parsons, compárese por ejemplo Talcott Parsons, "The Point of View of the Author", en: Max Black (ed.), The Social Theories of Talcott Parsons, Englewood Cliffs N. J. 1961, pp. 311-363 (343s.).

[15] La teoria behaviorista del aprendizaje utiliza para definir este fenómeno el concepto de "generalized reinforcers". Compárese por ejemplo la exposición de Alfred Kuhn en, The Study of Society: A Unified Approach, Homewood Ill. 1963, pp. 84ss.; de manera más general. Franz Josef Stendenbach, Soziale Interaktion und Lernprozesse, Köln-Berlín 1963, especialmente. pp. 90ss., y para la idea original, I. P. Pavlov, Conditioned Reflexes, trad. inglesa. Oxford 1927, pp. 110ss. Detrás de esta reflexión se encuentra la idea, un tanto general, de que un sistema de acción solamente puede mantenerse como tal cuando logra un grado específico de indiferencia frente a las diferencias que le presenta su entorno. Esto quiere decir que en cada relación entre el sistema y su entorno deben estar disponibles "mecanismos de generalización". En este sentido puede comprenderse por qué el concepto de "generalized reinforcers" adquiere gradualmente más importancia en la teoría de sistemas de Talcott Parsons. Véase, por ejemplo, Talcott Parsons, The Social System, Glencoe Ill. 1951, pp. 10s., 201ss.; Talcott

símbolos —aunque también representaciones vagas de fondo o motivaciones del comportamiento— son utilizables en diversas situaciones y, al repetirse, se vuelven parte fija de la estructura de la vivencia, la cual orienta la elección de los temas cotidianos de vivencia y, por ello, no puede ser cuestionada con facilidad.

La precondición más elemental para generalizar las comunicaciones es el lenguaje, es decir: la estructuración del comportamiento entre seres humanos gracias a la diferencia entre significados fijos generales (código) y actuar concreto expresivo —el cual actualiza dichos significados en innumerables constelaciones.[16] Con ayuda de esta diferencia es posible hacer a un lado las trabas de la situación concreta (sin por ello tener que actuar menos concretamente) y expresar la singularidad de la situación en una forma que tenga —también en otro tiempo y en otra situación— el mismo sentido para otros seres humanos. El lenguaje hace posible abstraer la relevancia de la situación bajo puntos de vista específicos y con ello ordenar el conjunto de situaciones diversas, mediante pensamientos directrices comunes. Toda diferenciación social agrupa en esta forma las situaciones bajo puntos de vista de relevancia —los cuales son siempre reglas de exclusión de lo irrelevante y, por tanto, reglas establecedoras de límites. La diferenciación social exige permanentemente un código de comportamiento, que tiene la forma de principio del lenguaje y, con ello, generaliza la comunicación.

Sin embargo esto no es suficiente. Si la diferenciación social ha de ir por el camino de la formación de subsistemas funcionalmente-específicos, se necesita algo más que el puro lenguaje para generalizar la comunicación. La formación de subsistemas diferencia tan fuertemente las vías de expresión socialmente ofrecidas, que la elección se vuelve un problema. La definición de la situación social ya no puede dejarse exclusivamente al lenguaje, sino que otros mecanismos sociales complementarios deben orientar el comportamiento comunicativo. Las relevancias de la situación deben sustituirse en

---

Parsons/Edward A. Shils (eds.), Toward a General Theory of Action, Cambridge Mass. 1951, especialmente. pp. 126ss.; Talcott Parsons/Robert F. Bales/Edward A. Shils, Working Papers in the Theory of Action, Glencoe Ill. 1953, por ejemplo, pp. 41s., y 81.

[16] Compárese para esto, por ejemplo, con Roman Jakobson/Morris Halle, Fundamentals of Language, La Haya 1956, p. 5.

gran medida por relevancias sistémicas mucho más indirectas. Su actualización ya no puede dejarse sólo a la ocurrencia instintiva ni a la necesidad momentánea: debe dirigirse.

No puede, por otro lado, pensarse que la unidad e indivisibilidad de la persona —convocada por distintos sistemas operantes descoordinados entre sí— pueda dirigirse mediante la simple coacción. Los sistemas diferenciados tienen menos posibilidad que los sistemas no-diferenciados de motivar, mediante coacción, la intensidad y el rumbo de aquello que precisan comunicar, porque la coacción silencia. Deben, en gran medida, confiarse a la auto-conducción del comportamiento comunicativo, es decir, fiarse de que este se generaliza por sí mismo en las relevancias del sistema. La alternativa libertad-espontánea/coacción-impuesta no es suficiente como fundamento de comprensión para esta operación y debe desecharse. El terreno social —para que pueda acoger a subsistemas-funcionales-específicos— debe ser provisto de instituciones que no se basan ni en la libertad ni en la coacción, y cuyo entendimiento se oscurecería si se intentara entenderlas bajo estas rúbricas. Se trata de instituciones complementarias al lenguaje.

Una construcción así del lenguaje —que asegure las capacidades de generalización y diferenciación de las comunicaciones sociales— se consigue mediante la tendencia general de eximir y liberar el comportamiento comunicativo de trabas sociales o emocionales demasiado estrechas.[17] A la base de todo esto está un vasto proceso civilizatorio de movilización de los vínculos materiales y personales —que toma vuelo en la medida en que los vínculos materiales se median por el dinero y los personales por la membrecía en organizaciones. Con esto crece el potencial comunicativo

[17] Considérese a este respecto la opinión (sostenida con regularidad) de que los vínculos difusos e inevitables a contextos familiares, que abarcan la totalidad del individuo, aunque, al mismo tiempo, le ofrecen una especie de seguridad de por vida, representan un obstáculo para el avance de la industrialización y, de manera general también, para los procesos de diferenciación social. Compárese, por ejemplo, Marion J. Levy, The Family Revolution in Modern China, Cambridge Mass. 1949; Wilbert E. Moore/ Arnold S. Feldman (eds.), Labor Commitment and Social Change in Developing Areas, Nueva York 1960, pp. 314ss. Véase también lo que se apunta más adelante en las páginas pp. 103ss . (páginas 32-33 del texto en alemán)

de la sociedad[18] y su solvencia para precisar situaciones diversas y cambiantes.

Como se sabe desde Durkheim, la pura disolución de las vinculaciones particulares no es suficiente para conservar un orden social diferenciado.[19] La libertad de estipular contratos presupone la normativización social de elementos contractuales no disponibles. Las libertades de elección y disponibilidades necesarias en un orden social diferenciado requieren de la institucionalización de los correspondientes derechos y deberes así como de innumerables mecanismos de mediación —de entre los cuales hemos hablado ya del dinero y de la membrecía. Tales mediaciones suprimen las antiguas condiciones —más rígidas— de los roles. Hacen posible *que el particular coopere en distintos contextos funcionales* (por ejemplo, familia, profesión, política, asociaciones) *sin que las condiciones de índole y éxito en alguno de ellos signifiquen admisión a los otros*. A pesar de esta renuncia a vinculaciones fijas, un orden transversal de expectativas-de-comportamiento se encarga de que exigencias y actividades sean compatibles en lo fundamental.[20]

Con esto, al mismo tiempo, debe crecer en el campo de la percepción el potencial de distinguir, explicar (atribuir) y reaccionar, de tal forma que desengaños en el campo de la medicina no se endosen directamente a la política; desilusiones en el ámbito familiar, a la religión; decepciones en el área económica, a los símbolos de la cultura y a los valores. En todo caso, si esto llega a suceder, debe haber razones específicas —y no meras dudas— que lo aclaren. En órdenes sociales difusamente institucionalizados y

[18] La tesis de Karl Deutsch de que dicha movilización implica también un aumento de las comunicaciones en el sistema, y que por eso sería provechosa, es correcta hasta cierto punto. Sin embargo, para ser aceptada como tal debería de acompañarse con investigaciones empíricas más cuidadosas. Compárese por ejemplo Karl Deutsch, Nationalism and Social Communication: An Inquiry into the Foundations of Nationality, Nueva York-Londres 1953, p. 100. En todo caso no debería pasarse por alto, que la disponibilidad como tal conlleva también un determinado grado de utilidad.

[19] Véase de manera especial Emile Durkheim, De la division du travail social, 7ª ed. París 1960. pp. 149ss..

[20] Talcott Parsons otorga especial importancia a esta apreciación. Compárese, por ejemplo, Talcott Parsons, Some Considerations on the Theory of Social Change, Rural Sociology 26 (1961), pp. 219-239, especialmente pp. 229ss.

monoestructurales, en cambio, todo habla a favor de la conjetura acerca de un contexto de interpretación de esta índole.[21] La necesidad de un tratamiento separado de los contextos comunicativos fuerza —al menos en las esferas fuera de la intimidad— a que se tomen más firmemente bajo control los componentes expresivos del comportamiento. No puede dejarse todo esto en manos de la persona individual. Las instituciones sociales deben ofrecer apoyo al comportamiento. El particular no podría satisfacer por sí solo tales exigencias si no hubiera roles preformados y esquemas estereotipados de interpretación, que le reduzcan ampliamente el esfuerzo de tener que inventar posibilidades de comportamiento adecuadas.

Tanto la fuerza coercitiva como los vínculos particulares son insuficientes como fundamento motivacional en un orden social diferenciado. Ambos albergan —en referencia a la acción que controlan— *medios de sanción funcionalmente inespecíficos,* cuyos efectos no se circunscriben al ámbito de una comunicación diferenciada. La fuerza motiva prácticamente todas las posibles acciones del ser humano poniendo en foco intereses de problemas primariamente emocionales, que no pueden circunscribirse a determinados contextos específicos. Los lazos de lealtad y fidelidad producen también, en este sentido, efectos funcionalmente difusos. Una racionalización de la acción de mayor perspectiva es sólo posible cuando, en lugar de ello, se desarrollan *criterios de racionalidad y mecanismos de sanción específicos,* en cada una de las esferas de comunicación que se mantienen separadas. Esto conduce a estructuras de motivación más indirectas y complejas y, al mismo tiempo, a la especificación de objetivos y riesgos. A esto sirven, por ejemplo, el criterio de logro o pérdida de reputación en el ámbito de la presentación de sí mismo; el criterio de ganancia o pérdida de dinero en el ámbito de la economía; el criterio de ganar o perder poder en el ámbito de la política. Todos estos criterios operan en forma relativamente separada, sin estorbarse mutuamente, y sólo

[21] Véanse para esto los estudios de Parsons sobre la regla del "peso-de-la-prueba" como criterio de delimitación entre "specificity" y "diffuseness" en Talcott Parsons/Edward A. Shils (eds.), Toward a General Theory of Action, Cambridge Mass. 1951, p. 87. Más sobre este concepto en la nota 17 del capítulo 8.

sancionan el ámbito específico de acción que les corresponde. Los órdenes sociales diferenciados tienen, por consiguiente, la tendencia a admitir sólo eventualidades parciales, las cuales pueden vigilarse y repararse a partir de aquellas estructuras propias que se mantienen constantes. Con ello se logra un cálculo más amplio y duradero de las consecuencias de la acción, con lo que mecanismos particulares —como la exigencia de una orden, la amenaza de una sanción o la seguridad de una expectativa sobre la base de una amistad personal o fidelidad de por vida— se vuelven innecesarios.

Todo sistema unitario (sean personas u organizaciones) puede hacerse de un extenso margen de *indiferencia*, mediante la especificación de sus intereses y gracias a la predecibilidad de su entorno. Dicho margen de indiferencia le permite hacer alianzas con otros.[22] Se conectan entre sí sin grandes tensiones y sin recurrir a los sentimientos. La disposición generalizada a asumir roles y a ejecutarlos según los requisitos de la organización-en-la-que-se-entra, caracteriza al mundo del trabajo industrial desde el ala personal.[23] Esto equivale, del lado de la organización, al aumento de su independencia respecto a estructuras motivacionales individuales y, por lo mismo, diversas: las prestaciones requeridas se formalizan como deberes y condiciones de continuidad de la membrecía.[24] La indiferencia entraña naturalmente límites, aunque allí donde el umbral de tolerancia[25] se alcanza, es muy fácil cambiar la relación. La ganancia de libertad es considerable.

[22] Michel Crozier ofrece una serie de atinadas observaciones sobre la relación entre aumento de predecibilidad del comportamiento y aumento de tolerancia y confianza en los medios motivacionales indirectos en, Le phénomène bureaucratique, París 1963, pp. 244, 370, 378.

[23] Compárese para esto Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlín 1964, pp. 89ss., sobre todo las recomendaciones bibliográficas que aparecen en las notas 5 y 6 de la página 93 del texto. Véase también Daniel Katz, "The Motivational Basis of Organizational Behavior", Behavioral Science 9 (1964), pp. 131-146 (especialmente 135ss.).

[24] Véase para esto Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlín 1964. pp. 89ss., 377ss.

[25] Véase la aplicación del concepto de "umbral" de Fechner como límite de indiferencia (límite de la posibilidad de tratar lo diferente como similar) en William Stern, Person und Sache: System des kritischen Personalismus, Tomo I (2ª ed. Leipzig 1923), pp. 353ss., Tomo II (3ª ed. Leipzig 1923), pp. 190ss., Tomo III (Leipzig 1923), p. 301.

Nos topamos aquí, de hecho, con un aspecto del problema de la libertad.[26] Ciertas instituciones de la diferenciación deben hacerse cargo de que los subsistemas de la sociedad se *mantengan recíprocamente disponibles*, ya que sólo así es posible la interdependencia mutua. En parte, esto sucede normando los deberes y derechos mutuos y, también en parte, produciendo excedentes de prestación desvinculados (poder no determinado políticamente, intereses no atados a lo emocional, ganancias económicas recuperables, etc.) —pero, sobre todo, *institucionalizando en un plano general las libertades en cada uno de los subsistemas*. Allí donde se alcanza la institucionalización de libertades se logra con ello un ámbito de indiferencia, cuya forma es capaz de atender intereses extraños sin que su elección dañe al sistema institucionalizado. El orden social entero se vuelve dúctil internamente. La garantía de libertades para decidir políticamente (poder), para disponer del dinero (o de la propia prestación laboral) al cerrar contratos, para adherir a grupos de opinión, etc., se refiere primariamente a la acción en subsistemas específicos de la sociedad. Sin embargo, en la medida en que se institucionaliza un campo-de-acción no sujeto a un determinado sistema, se garantiza con ello, al mismo tiempo, la mutua influenciabilidad y capacidad de adaptación de los subsistemas. Las libertades en un ámbito se convierten en oportunidades de influencia, en posibilidades de crecimiento, en otros. En este sentido, la libertad se hace necesaria en los órdenes sociales diferenciados. Y al revés: la libertad del actuar social se hace posible sólo mediante la diferenciación del sistema social.[27]

[26] Junto a la función de indiferencia de la libertad, que facilita la adaptación, es preciso considerar la función de autonomía, que contribuye a la integración. Esta distinción se deriva de la diferencia interno/externo, propia de toda construcción de sistema.

[27] En este punto nos aproximamos a la tesis de Carlos Marx —confirmándola también de alguna manera— que señala que la verdadera libertad del individuo depende del estado de desarrollo del orden de la sociedad. Sin embargo, esta afirmación es tan acertada, como es insuficiente comprender el desarrollo de la sociedad únicamente como producto de la disolución de la propiedad privada. De hecho se trata de un paso decisivo de la diferenciación social, el cual puede sintetizarse de la siguiente manera: en el sistema de la economía se separan los intereses de la personalidad de los derechos de toma de decisiones. Ni de lejos se trata, sin embargo, del proceso global de diferenciación social. El marxismo ofrece por lo tanto —como también lo hace la teoría de la separación entre Estado y sociedad— un

Desde un principio no es de esperar que la ampliación del lenguaje a través de instituciones complementarias del tipo descrito siga un camino directo y único —si quiere hacerse así justicia a la diferenciación social. No se trata de una institución única, sino de un retículo complicado de disposiciones —en donde cada una de las funciones particulares deriva de la necesidad de mediar entre diversos subsistemas. En este sentido, colaboran disposiciones tan extrañamente heterogéneas como: la creciente autodisciplina y el control de la expresividad ante alternativas conscientemente reconocidas, el sistema monetario, la movilidad de las membrecías, las instituciones que facilitan la formación de opiniones a pesar del reconocimiento de otras posibilidades (instituciones de autoridad e información selectiva) y, no por último, las formas de apoyo del poder político.

Como ya lo muestra este recuento, los derechos fundamentales se encuentran en relación muy estrecha con todos estos medios generalizados de comunicación. Su multiplicidad, —por tanto en último término la diferenciación social— explica la multiplicidad de los derechos fundamentales y la imposibilidad de reducirlos a una sola fórmula ideológica o dogmática. De aquí que no pueda haber ningún sistema dogmático único de los "derechos fundamentales". Por eso, también, no debe diferirse más la interpretación sociológica de la determinación de los derechos fundamentales.

Un orden societal diferenciado debe garantizar mecanismos de generalización de la comunicación en, por lo menos, cuatro esferas: respecto a la presentación de sí misma de la persona; respecto a la formación de expectativas de comportamiento confiables; respecto a la satisfacción económica de necesidades; y respecto a la posibilidad de tomar decisiones colectivamente-vinculantes.[28] Los derechos fundamentales no tienen la función de establecer mecanismos de generalización en estas esferas. Presuponen un estado de

---

análisis poco acabado, generalizando un fragmento del complejo total de la diferenciación social. Estas dos teorías pueden considerarse como antecedentes analíticos plausibles para investigar la diferenciación funcional, algo que, por otro lado, no justifica su inclinación explicativa un tanto monopólica.

[28] Esta enumeración se introduce aquí solamente de manera inductiva. La discusión de una posibilidad de justificación teórica se ofrece más adelante, en el cap. 9.

desarrollo de la sociedad en donde ellos previamente existen— y sólo sirven para evitar su corrupción mediante el sistema político. Para obtener una imagen más exacta debemos observarlos con más precisión desde estas cuatro diversas direcciones de la función de los derechos fundamentales. Habrá de mostrarse que la tipología tradicional de los derechos fundamentales se reencuentra en la representación sociológica y se hace comprensible a través de ella. Antes de que nos dediquemos —desde el capítulo cuarto al séptimo— a esta tarea, debemos completar con un nuevo razonamiento nuestra discrepancia con los fundamentos de la dogmática constitucional dominante.

3
Fundamentación jusnaturalista y científico-filosófica de los derechos fundamentales

La pregunta por la función social de los derechos fundamentales casi nunca se interpone con la claridad deseada. Un ejemplo típico de esta forma de interponer la pregunta lo ofrece la doctrina sobre el Estado de Herbert Krüger[1] —aunque ella ofrece la prueba de que, con su forma de cuestionar, controvierte la disciplina tradicional de la "doctrina general sobre el Estado". La discusión se esfuerza por demostrar que los derechos fundamentales no sólo tienen una función para el individuo en su esfera societal, sino que —como factores de integración— tienen también una función para el Estado. El razonamiento se orienta, por un lado, por la contraposición liberal del método jurídico (primero jusnaturalista y después positivista) y,

[1] Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, pp. 536ss. Véase además el énfasis que hace Häberle de la función de los derechos fundamentales en Peter Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe, 1962, pp. 8ss., y pássim. Sin embargo, estos intentos no logran definir satisfactoriamente el concepto de función. En el contexto general del tratamiento de esta problemática se puede ver que en realidad se trata de una aplicación del concepto de función de Durkheim (del fin "objetivo"). Dicho concepto fue introducido al campo de la jurisprudencia por Leon Duguit y ha sido conservado por la sociología francesa, mientras que en otras latitudes ha dejado de ser empleado debido a sus implicaciones teleológicas. Compárese para esto también Albert Pierce, "Durkheim and Functionalism", en: Kurt H. Wolff (ed.), Emile Durkheim, 1858-1917, Columbus, Ohio 1960, pp. 154-169.

por otro, por el método de los valores éticos de las ciencias filosóficas. No dispone, sin embargo, ni de una metodología de análisis funcional suficientemente procesada y crítica, ni de problemas de referencia que pudieran controlarse empíricamente. Y —como se mostrará en lo que sigue— su marco de referencia conceptual (sobre la base de simples dicotomías e hipótesis sobre el derecho natural, la esencia del ser humano y la realidad "espiritual") no es suficiente para captar la amplitud de consecuencias problemáticas derivadas de la diferenciación de la sociedad y, sobre todo, para captar la consecuencia de la formación del Estado. Queremos distanciarnos del antagonismo entre las fundamentaciones jusnaturalista y filosófico-humanista de los derechos fundamentales apostado en todos los niveles de una dogmática que se funda a sí misma. Podemos dejar de lado al positivismo jurídico, que ocupa un lugar intermedio en dicho antagonismo, ya que conscientemente renuncia a la fundamentación de los derechos fundamentales.[2]

El título "derecho natural" puede únicamente sostenerse por una teoría que se propone demostrar la *verdad* de las afirmaciones acerca del *ser* de las normas jurídicas. Esta empresa ha entrado en serias dificultades (en la doctrina de los derechos fundamentales, entre otras) desde que el concepto moderno de verdad se ha circunscrito a la certidumbre intersubjetiva. En la actualidad, ya nadie toma en serio el intento de deducir, a partir de una ciencia factual empírica, una doctrina normativa del Estado —camino que emprendió Hobbes con argumentaciones complicadas y difíciles de desenmascarar. Se sabe ya de antemano, gracias no por último a Kelsen, que esto no funciona.[3] De derecho natural,

[2] Aquí resulta indispensable hacer una observación para evitar malentendidos. A continuación acentuaremos y analizaremos con detenimiento el carácter positivo de los derechos fundamentales. Consideraremos, además, que el derecho positivo es la única forma de derecho capaz de operacionalizar su función en el contexto de un orden social diferenciado. Lo anterior no implica que estemos a favor de un positivismo jurídico, en el sentido de una teoría del derecho que presupone que no se puede (o que no se debe) preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del derecho. El fundamento del derecho reside en su función, es decir, en las condiciones que regulan los procesos para sustituir o modificar el derecho, y la sociología es la única ciencia que puede ofrecer una explicación plausible de dichas condiciones.

[3] Compárese la conocida tesis de Kelsen, por ejemplo, en Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2ª ed. Tübingen 1923, (especial-

así, no queda más que el postulado normativo de unos derechos fundamentales inviolables e inalienables, que la Constitución (art. 1 par. 2) "reconoce",* en nombre del pueblo alemán.

El jusnaturalismo carga sobre los hombros el pensamiento de la capacidad de verdad del derecho, que hace referencia a la representación de un orden relativamente indiferenciado, en el cual la ciencia social (¡y el científico social!) serían competentes para contenidos análogos de pensamiento como la religión, la moral y el derecho. Esta representación de un mundo unificado debió en esencia concebirse como inmutable, ya que no estaba tan diferenciada como para poder cambiar partes sin provocar repercusiones en las otras. Por eso su problemática total aparece en el horizonte de la "naturaleza". Esta inmovilidad de la cultura ya no es factible en órdenes sociales muy diferenciados. La autonomización del derecho de representaciones y contextos de fundamentación religiosos, morales y científicos, así como su positivización son una conquista

mente pp. 7ss.) o bien de él mismo, Reine Rechtslehre, Leipzig-Wien 1934, pp. 4ss. Que esto no funciona se sabe, sin embargo, por lo menos desde Kant. En la doctrina de la economía nacional existe también una crítica de la valoración del concepto de ser definido por medio del derecho natural. Compárese para esto Gunnar Myrdal, Das politische Element in der nationalökonomischen Doktrinbildung, 2ª ed. Hannover 1963. El punto central que ha dado lugar a esta transformación analítica no es otro que la imposibilidad de lograr una derivación recíproca y lógica de los conceptos de ser y de deber. Esta posición analítica cancela una forma especial de relación entre ciencia empírica y ciencia normativa; sin embargo, no excluye otro tipo de vínculos. Por ejemplo, no cancela la posibilidad de establecer un vínculo basado en la función, el cual podría consistir en una estrategia dirigida a que las ciencias interesadas en los hechos denominados como fácticos logren definir los problemas que les conciernen por medio de la distinción: problemas por investigar en el plano de la función normativa y problemas por investigar en función de determinadas normas. Justamente esta es la pretensión que tiene esta investigación, la cual, desde mi punto de vista, posee la misma base analítica que el intento realizado por Hans Ryffel. Ryffel emplea puntos de referencia de algunos enfoques antropológicos, los cuales buscan resaltar las limitaciones de los instintos de los seres humanos, con el objeto de explicar el carácter certero y necesario del fundamento que se encuentra en la base del derecho, para a partir de ello deducir el origen de la disposición del ser humano de estar abierto a los influjos que provienen de costumbres practicadas en otras latitudes. Compárese para ello por ejemplo Hans Ryffel, Der Mensch als politisches Wesen, Festschrift Emge, Wiesbaden 1960, pp. 56-71. Véase también Heinrich Popitz, "Soziale Normen", Europäisches Archiv für Soziologie 2 (1961), pp. 185-198 (186ss.).

* "El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo".

moderna.[4] No permiten volver atrás. De no haber sucedido, se los habría provocado. Sólo sobre esta base pudo el derecho especificarse funcionalmente como un orden normativo autónomo, dirigido racionalmente.[5] Precisamente los derechos fundamentales requieren esta positivización, si han de enfocarse a resolver determinados problemas en puntos centrales específicos del orden social y, para eso, deben equiparse del modo más preciso posible.[6]

[4] Un acontecimiento histórico que preparó esta transformación fue la formación del derecho romano como esfera (cada vez más separada de la religión) de conceptos de orden normativo y de reglas de decisión —los cuales sobrevivieron al derrumbe del mundo antiguo y, luego de su recepción, se sistematizaron. Para esto fue decisivo (si no es que constituyó el disparador) que el perfeccionamiento de este entramado jurídico autónomo fuese llevado a cabo por especialistas, los cuales pudieron detentar roles sociales específicos con una serie de prerrogativas asociadas a la función jurídica. Esto hizo innecesario un mecanismo que en la antigüedad era impensable: la peligrosa centralización política de la promulgación de preceptos jurídicos. De hecho el Estado moderno fue el agente que encauzó los procesos de concreción del derecho positivo por medio de "codificaciones". Por esta razón puede aventurarse la afirmación de que tanto la separación del derecho de sus fundamentos religiosos como la concreción de su forma como derecho positivo nunca hubieran podido registrarse de manera simultánea.

[5] Además es sumamente ilustrativa la similitud de este proceso con el desarrollo del sistema monetario. Más adelante, en las páginas 112 y siguiente, regresaremos a tratar este tema. En todo caso, esto significó que el dinero fuera también sometido a un dominio total ejercido por una racionalidad extrema, lo que dio como resultado el renunciar a los intentos por tratar de comprender los símbolos monetarios como una suerte de bienes de intercambio creados por la naturaleza, o bien como un valor moral. Sin embargo, una definición similar del concepto de valor implica en ambos casos la aceptación de algo preestablecido y, por lo mismo, se percibe como no susceptible de ser sometido a algún tipo de control.

[6] Por esta misma razón extraña que aquellos que construyen el derecho positivo, es decir los juristas encargados de la redacción de las leyes que conforman una Constitución, traten de sustentar el derecho positivo sobre una base de derecho natural. La prueba de la confusión en la que estos juristas se encuentran se sintetiza de la siguiente forma: por un lado se busca encontrar apoyo en una forma de derecho que se define por su ser, pero que los mismos juristas no concibieron y formularon. Por el otro, se ocasiona que la pregunta por el sustento de la validez de la norma se transforme en un postulado formal lógicamente indecidible, pasando por alto que, en este caso, la paradoja era evitable lo que no sucede en otros sistemas lógicos. Véase para esto particularmente Kurt Gödel, "Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I", Monatshefte für Mathematik und Physik 38 (1931), pp. 173-198. Lo anterior se debe precisamente a que el sustento de la validez del ser y el sustento de la validez de la decisión se excluyen mutuamente, porque ambos fundamentos de validez dependen de formas de refutación incompatibles entre sí. El derecho positivo que se define como derecho natural no es —precisamente por definirse de tal manera— derecho positivo y, por lo tanto, la definición no tiene validez y, entonces, podría ser derecho positivo si no se definiera como… Este dilema puede ser resuelto únicamente

No se puede, por otra parte, pasar por alto que la positivización sustrae al derecho ciertas funciones que cumplía en un orden social institucionalizado de manera funcionalmente difusa. Deben, por consiguiente, buscarse prestaciones suplementarias. La positivización es únicamente posible cediendo la parte legislativa al sistema político y con esto el derecho amenaza con perder su antigua función de legitimar y delimitar al poder político. El Estado, que dicta el derecho, no puede invocar al derecho. En el espíritu del mundo de hoy nada hace pensar que este peligro, inmanente al derecho, pudiera evitarse mediante un convincente fundamento teórico y todavía menos con la tentativa de restituir el derecho natural.[7] Esto no puede prevenirse ni mediante restauración ni tampoco mediante medios tan simples como los solventados por la antigua doctrina de las fuentes del derecho, sino únicamente mediante una forma que se ajuste al grado conseguido de diferenciación social: la colaboración de múltiples instituciones sociales (no sólo de derecho) —las cuales estabilizan la diferenciación del orden social como tal, conservan las libertades, la elasticidad, los mecanismos de elección y las interdependencias necesarias y

---

cuando —como lo hacen los juristas “estando en todo su derecho”— se ignora toda precisión lógica, o bien cuando se comprende que toda argumentación basada en el derecho natural es únicamente una forma de confesión de una creencia sin sustento, de la cual no se deriva ningún tipo de compromiso: fue sólo formulada por un jurista para justificar una determinada intencionalidad, la cual debería, según él, servir de guía para la formulación de preceptos jurídicos. Como puede, verse ninguna de las dos alternativas resulta satisfactoria.

[7] El hecho de que después de 1945 se buscaran en el derecho natural los argumentos jurídicos para evitar que un nuevo Estado totalitario pudiera reinstaurarse en Alemania no fue solamente una ilusión poco convincente, sino también políticamente muy peligrosa. Esta ilusión levantó una cortina de humo que hizo perder de vista que las únicas instancias que pueden ofrecer algún tipo de seguridad de que un Estado totalitario no se reinstaure son las instituciones políticas y, sobre todo, la acción política. Martin Drath tiene razón cuando anota que esta comprensión del problema podría provocar, por un lado, que el individuo —¡como ser único!— pudiera desarrollar un derecho de resistencia basado en el derecho natural contra el derecho positivo y, por el otro, que se omita tomar en consideración las posibilidades fácticas de comportamiento, que son producto de la influencia de los contextos social y político —una prueba de exigencia encubierta al individuo, mediante un racionalismo pre-sociológico que también se encuentra todavía, por ejemplo, en la teoría de la decisión. Martin Draht, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, Tübingen 1963, pp. 13ss. Véase, además, el interesante experimento de Stanley Milgram, cuyos resultados invitan a la reflexión en Stanley Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, Human Relations 18 (1965), pp. 57-76.

mantienen, en este marco, al sistema político circunscrito a su función específica. En el contexto de estas instituciones (de las que investigaremos algunas), los derechos fundamentales conservan su antigua función de delimitar al poder del Estado, aunque (y precisamente porque) esta función pueda describirse como una función positiva y siempre precaria del propio sistema político.

La función de delimitar el poder del Estado incluye el núcleo operativo de la antigua teoría 'jusnaturalista' de los derechos fundamentales. Esto puede mantenerse igual y explicarse mediante sus mismos presupuestos teóricos, aun cuando la pregunta por la fundamentación del postulado normativo quede abierta o se cubra con opiniones cambiantes. También aquí, sin embargo, los nuevos conocimientos de las ciencias sociales nos obligan a corregir las premisas de la comprensión jusnaturalista del problema.

Detrás del esfuerzo por delimitar el poder del Estado, surge la imagen de una situación conflictiva: la del interés diametralmente opuesto entre Estado y ciudadano. Que el Estado proteja al derecho, lleve a cabo fines de bienestar y apoye intereses de sus ciudadanos, no lo discute nadie y ni siquiera se ve como problemático. Como caso problemático se plantea el caso de conflicto, y sólo a él se orienta la concepción jusnaturalista de los derechos fundamentales sobre el sentido del orden jurídico —cuya función se ve en programar decisiones que sirvan para solucionar problemas. Sólo porque es posible violarla, la naturaleza del ser humano se norma en algunos aspectos como 'inviolable'.

El profundo intento del siglo XVIII por llevar la relación (situada en el horizonte de la naturaleza) entre ser humano y Estado a la forma de derecho mediante la razón, se paga caro con la unilateralidad que se desprende de la fascinación del derecho por el caso del conflicto. A ello corresponde que la ciencia política defina el poder como suprapoder-en-conflicto y no simplemente como comunicación que acontece. El juicio sobre el valor-de-poder de situaciones, acciones y acontecimientos parte de la hipótesis de la suma constante del poder: la ganancia de poder de uno trae automáticamente la pérdida de poder del adversario, y viceversa.[8]

[8] Consúltese, para una crítica de esta tesis, por ejemplo Franz L. Neumann, "Zum Begriff der

Los órganos del Estado entenderán los derechos fundamentales —igual que el principio de separación de poderes y la elección del pueblo— como contrapeso de una relación de poder, la cual habrá de poner institucionalmente diques al potencial de violación del suprapoder estatal. La aguda consecuencia que extrae Hobbes del concepto de conflicto-del-poder se cancela de modo eficazmente práctico (aunque teóricamente sin explicar), mediante los derechos fundamentales y soluciones análogas.

La crítica que corre paralela a esta concepción —a pesar de todas las carencias manifiestas— no ha podido extraer toda el agua. La polémica ha trabajado, por lo general, con los reproches de moda del racionalismo o del pensamiento mecanicista y con ello ha dejado escapar lo decisivo. Si en lugar de tales acometidas a partir de premisas contrapuestas (como las 'históricas' o las de las 'ciencias filosóficas'), se mira el problema del poder político como un problema de comunicación, entonces la peculiaridad de la concepción "clásica" de los derechos fundamentales salta ante los ojos: se orienta unilateralmente a un caso límite de la teoría de la comunicación, al conflicto directo en un sistema cerrado, en donde el superior siempre es superior y, *por eso,* el derecho debe mantenerlo limitado. La razón de la protección de los derechos fundamentales residirá, entonces, en la necesidad de reglamentar el poder.

Aunque no pretendemos subestimar la importancia de este problema y su solución, el carácter de caso-límite de esta teoría permite suponer que no describe con suficiencia la función de los derechos fundamentales. Pueden tener una función de freno y defensa en situaciones en conflicto, pero esto no agota su importancia. Un breve examen bastaría para persuadir: la garantía de los derechos fundamentales refuerza la confianza en el Estado y con ello incrementa su poder. La tesis de la suma constante del poder presupone situaciones especialmente estructuradas, que

---

politischen Freiheit", Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 109 (1953), pp. 25-53 (p. 41). De esta premisa constante también se deriva, como lo explicaremos más adelante, que la concepción dominante no se pueda imaginar que el mismo Estado estipule los derechos fundamentales orientados en su contra.

casi no se dan en el campo abierto de la vida social.[9] En todo caso, fracasa en cuanto hay instituciones que refuerzan el poder de ambos enemigos potenciales al mismo tiempo, valdría decir, que sirven para intensificar las influencias mutuas. Los derechos fundamentales cuentan como una de esas instituciones. No sólo protegen al individuo frente al Estado, estructuran el entorno de la burocracia estatal en una forma que estabiliza el mantenimiento del Estado como subsistema de la sociedad y posibilita, en general, una actividad de comunicación más efectiva y eficaz.

El poder "absoluto" ilimitado de ninguna manera es más poderoso que el poder limitado. Típico es más bien que sea válido lo contrario.[10] Las comunicaciones tienen valor-de-poder sólo en un entorno abierto y a esta apertura corresponde que puedan ser entendidas y obedecidas, que ciertas configuraciones de roles y determinadas estructuras de motivación, generalizadas y disponibles, estén institucionalizadas y que, en este marco, el uso del poder sea esperable e influenciable. Sólo así puede entenderse que los derechos fundamentales —contrario a la concepción de conflicto que los soporta— hayan llegado a ser un logro para el Estado y para los ciudadanos.

La segunda teoría sobre los derechos fundamentales —con la que entramos en confrontación— trata de superar el pragmatismo político y la concepción meramente jurídico-positivista, en donde amenaza caer el derecho natural. Esta doctrina se designa a sí misma como 'ciencia filosófico humanista' y puede decirse que se

[9] Un ejemplo a este respecto es la elección de candidatos en un sistema político bipartidista, en el que cada voto para un partido implica la pérdida del mismo voto para el otro. Véase para esto Talcott Parsons, "On the Concept of Influence", Public Opinion Quarterly 27 (1963), pp. 37-62 (especialmente pp. 59 ss). Por lo demás, en el marco de la teoría de juegos se han discutido los límites de tales tesis de suma cero. Compárese para esto por ejemplo Thomas C. Schelling, The Strategy of Conflict, Cambridge Mass. 1960, pp. 83ss. Schelling demuestra que, incluso en el marco de la teoría del conflicto, la premisa de suma cero no produce resultados útiles, cuando los adversarios son mutuamente dependientes.

[10] Véase para esto particularmente Fred W. Riggs, "Agraria and Industria" en: William J. Siffin (ed.), Toward the Comparative Study of Public Administration, Bloomington Ind. 1957, pp. 23-116. Compárese también Michel Crozier, Le phénomène bureaucratique, París 1962, con comentarios sobre el centralismo de la burocracia francesa, cuya violencia centralizada sería: "à la fois absolue et paralysée", (p. 107).

la tiene por teoría dominante. Ha experimentado una respetable elaboración en la doctrina de la integración de Rudolf Smend,[11] aunque en la actualidad prácticamente sólo vive de la eufonía del concepto de valor y la falta de competencia.[12] Para nuestro objetivo baste con que nos concentremos en la versión de Smend, dado que la actual teoría del valor renuncia a ser una doctrina del Estado completa y se limita a ser un análisis dogmático de la parte de la Constitución referida a los derechos fundamentales. Su singularidad únicamente consiste en que aplica métodos más libres de interpretación, orientados sobre todo históricamente.

Bajo el concepto de integración, entiende Smend la constitución de una unidad espiritual absoluta en la vivencia de los individuos y, principalmente,[13] la fundamentación de la realidad espiritual del Estado en el permanente revivenciar la unidad de su sentido y la abundancia de sus valores. El Estado,

[11] Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, citado según, de él mismo Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955, pp. 119-276; y también de él Integrationslehre, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, tomo 5 (1956), pp. 299-302.

[12] Ciertamente, aquí no pretendemos criticar el concepto de valor como concepto, sino más bien formulamos una crítica contra su mistificación y contra su aplicación irreflexiva para embellecer argumentos y demostrar buenas intenciones. En la discusión alrededor de los derechos fundamentales es bastante raro hallar alguna propuesta teórica que deje en claro, con la firmeza necesaria, que los valores son reglas para priorizar y, por lo mismo también, reglas para renunciar. Como reglas para decisiones de elección, los valores son perspectivas de orientación de invaluable importancia e imprescindibles para el comportamiento humano, precisamente en un mundo crecientemente racionalizado, el cual ofrece, para cada circunstancia, una multiplicidad de alternativas para la acción. Compárese para esto Niklas Luhmann, "Wahrheit und Ideologie", Der Staat l (1962), pp. 431-448. Desde esta óptica funcionalista, los derechos fundamentales son indudablemente valores, pero – en sentido opuesto a planes de producción, señales de tránsito, programas de partidos políticos, planes militares de combate, o proyectos para el tiempo libre -del concepto de valor no se puede deducir en qué radica el carácter excepcional de los derechos fundamentales. Y precisamente de eso se trata.

[13] Smend no consigue, sin embargo, delimitar con claridad su concepto de integración respecto a otros actos espirituales que podrían coadyuvar a la constitución de sentido, justamente por esta razón falla su intento por definir la esencia de lo político. Su análisis relega —en el plano de la discusión sobre la constitución de sentido— al Estado al papel de una realidad espiritual de particular importancia. El recurso a la vivencia constituyente no contribuye a la comprensión de su peculiaridad, sino que sólo sirve para entremezclar problemas y contradicciones en una totalidad indiferenciada de sentido.

según esto, vive una existencia puramente espiritual en la vivencia de los individuos.[14] Los acontecimientos políticos y las luchas de poder, los actos de formación de voluntades y toma de decisiones, la disposición de valores, los símbolos y los rituales tienen, junto al fin que se proponen, un significado más o menos latente para la integración del Estado. Bajo este punto de vista, aun los derechos fundamentales se incorporan como contenidos objetivos integradores a una teoría científico-filosófica cerrada del Estado.

En la versión conceptual de esta doctrina lo que deja insatisfecho es que no da lugar a la constatación.[15] El acontecimiento fundamental de la integración no puede ser descompuesto, no permite que se le analice progresivamente. Su concepto relacional "realidad espiritual" es demasiado elástico para eso, además de que la "superación" —en una forzosa polaridad dialéctica al estilo de Hegel— de la contradicción individuo/ colectividad engulle sin resistencia todo intento de diferenciación. La distinción de cada uno de los factores de la integración no es capaz de subsanar esta insuficiencia, dado que, evitando cuidadosamente toda interpretación causal, queda atascada en una descripción externa. La integración, en cuanto integración, es siempre la misma. Por eso los análisis de Smend se mantienen necesariamente en el plano descriptivo.

[14] No queda en claro lo que quiere decir Smend al hablar de vida o de realidad viviente. Lo que es seguro es que no tiene la intención de reconocer la competencia de la biología para los problemas del Ser del Estado. Por el contrario, el concepto de vida le sirve precisamente para evitar conceptos de Ser ya elaborados científicamente (particularmente por las ciencias empíricas causales) y, con ello, eludir controles empíricos. Tampoco logró el concepto de vida ningún contenido comprensible sobre esta función defensiva, en la hoy extinta filosofía de la vida.

[15] Precisamente este es el punto central de la crítica de la teoría analítica del conocimiento a los métodos de las "ciencias del espíritu" - véase para esto Karl R. Popper, The Poverty of Historicism, Londres 1957, o bien Hans Albert, "Probleme der Wissenschaftslehre in der Sozialforschung", en: René König (ed.), Handbuch der Empirischen Sozialforschung, tomo I, Stuttgart 1962, pp. 38-83 (38ss.), y de él mismo en su introducción al compendio editado por él mismo, Theorie und Realität, Ausgewählte Aufsätze zur Wissenschaftslehre der Sozialwissenschaften, Tübingen 1954, pp. 3-70. Esta crítica es demoledora y, sin embargo, poco convincente, ya que pasa por alto o bien —como lo menciona Ernest Nagel— se detiene ante las particulares dificultades de la doctrina metodológica positivista en el ámbito de las ciencias de la acción, compárese para esto Ernest Nagel, The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation, Nueva York 1961.

El compuesto indiferenciado de esta doctrina se debe forzosamente a su enfoque: tan pronto como se entiende la integración, como sucede en la mayoría de los casos, de manera más precisa como función necesaria o incluso como prestación, ya no puede evitarse la consecuencia desastrosa de que los factores integradores son medios efectivos, funcionalmente equivalentes y que, como ocurre, los derechos fundamentales podrían sustituirse por paradas militares. Si quieren evitarse estos extravíos, entonces el proceso de integración, como misterioso impulso vital del Estado, se vuelve inentendible. O bien habría que negarle al proceso de integración la pretensión de ser una base única de la realidad estatal y confrontarlo (sobre la base, por ejemplo, de una teoría sociológica de sistemas) con una pluralidad de necesidades funcionales de otro tipo.

Las razones externas de esta problemática de la doctrina de la integración parecen tener su raíz en el dispar estado de desarrollo de las ciencias sociales en los años veinte, sobre todo en la inmadurez de la teoría y los métodos sociológicos de ese tiempo.[16] La causa principal de esta espiritualidad monocroma es el rechazo intencional y sostenido del modelo de pensamiento causal, tildado de mecanicista. Su transformación —gracias al método funcional— no fue visible para Smend. Con la distinción causa/efectos se pierde una estructura de control (hasta ese tiempo insustituible) de la investigación científica, la que, al mismo tiempo, sirve al análisis de esquema de diferenciación. A esto se añade que la pregunta a la cual Smend responde (y que, en consecuencia, determina su investigación de manera preponderante) a pesar de todas las mediaciones dialécticas, sigue siendo el viejo problema de la relación entre individuo y colectividad. Mientras predominó este modo de plantear —abierta o veladamente— la pregunta, no pudo surgir ninguna ciencia de la acción, ya que (como se ve claramente en Smend) traslada el concepto de acción a una

[16] Véase para esto las observaciones críticas de Helmut Schelsky quien resalta la poca importancia que presta Smend a los factores estructurales antropológicos y sociológicos. Helmut Schelsky, "Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen", Jahrbuch für Sozialwissenschaft 3 (1952), pp. l-21 (especialmente p. 12).

poco feliz posición al lado del individuo —sólo los individuos pueden actuar— y entonces todo lo supraindividual aparece como realidad puramente espiritual. Por eso es impensable para Smend aprehender al Estado como sistema-de-acciones-específicas de individuos en roles especiales.[17]

A pesar de todo, el destino de la doctrina de la integración no sirvió para hacer vegetar el contexto de infalibilidad del análisis dogmático de las ciencias del espíritu sobre los derechos fundamentales. No se haría justicia si se viera esta teoría al servicio de un mundo de valores previamente establecidos y se la tergiversara considerándola una especie de desvío del derecho natural. Integración quiere decir constitución y no idolatría del sentido. Smend captó un fenómeno central de la formación del Estado que podría analizarse con más precisión si se pasara del plano de la vivencia al plano del comportamiento informativo, si no sólo se describiera sino que se intentara aclarar su función de solucionar problemas en sistemas-de-acción.

La integración es impensable sin la comunicación. No es otra cosa que acontecimiento informativo, es constitución de sistemas a través de comunicación de sentido en los contactos sociales. Es de importancia secundaria si esta comunicación ocurre (o no) intencionalmente, si pretende dar-a-conocer un sentido o si éste sólo puede deducirse del comportamiento, y si la intención del darlo-a-conocer se coexpresa o se calla. También la conciencia del sistema —a diferencia de la representación consciente del conte-

[17] La sociología moderna logró superar la antigua dicotomía entre el concepto de individuo y el de colectividad por medio de la formulación del concepto de rol social. Un hecho que cada exposición meticulosa de este concepto corrobora. Compárese, por ejemplo, Daniel J. Levinson, “Role, Personality, and Social Structure in the Organizational Setting”, The Journal of Abnormal and Social Psychology 58 (1959), pp. 170-180. En la bibliografía alemana véase, por ejemplo, Helmuth Plessner, “Soziale Rolle und menschliche Natur”, en: Festschrift für Theodor Litt, Düsseldorf 1960, pp. 105-115, o bien Ralf Dahrendorf, Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle, 3ª ed. Köln-Opladen 1961. En esencia lo que pretende dejar claro el concepto de rol social es que los mecanismos que generalizan las expectativas de comportamiento de los seres humanos en la forma de roles sociales son relevantes para el desarrollo de los procesos comunicativos intersubjetivos y, por lo mismo, de importancia para la estructuración de cualquier orden social así como para la constitución de la personalidad de cada individuo.

nido directo de la comunicación y de los fines de la comunicación— puede estar fuertemente diferenciada o faltar del todo. El grado de conciencia del proceso de integración puede aumentar dentro de ciertos límites, sin que con eso se menoscabe su función. La función integradora del proceso de comunicación consiste en que el sentido que se da-a-conocer remite directa o indirectamente a sistemas-de-acción: que en el comportamiento expresivo oral (o no), se implique y se presente la existencia de determinados sistemas-de-acción; de modo que en el intercambio de comunicación se logre, al mismo tiempo, un entendimiento más o menos consciente sobre lo que está presupuesto, la constitución del sistema.

Sobre esta base conceptual, el proceso de integración se deja concebir como generalización de comunicaciones. Los aspectos informativos, de presentación y de mediación del sentido del comportamiento, en el ámbito de político, se "generalizan", al mismo tiempo, mediante la diferenciación de un sistema político autónomo —el cual, como ya vimos,[18] se desliga de vínculos particulares, emocionales y grupales, y se relaciona con el sistema político *en tanto sistema*. Sin implicar al sistema, no es posible ninguna exteriorización objetual. Toda presentación objetual contiene, al mismo tiempo, la presentación de sí mismo por parte del que actúa. Esta se cogeneraliza a través del flujo de las condiciones de expresión. Las oportunidades para una comunicación entendible y plena de sentido, en asuntos políticamente relevantes (por ejemplo, en elecciones, en comentarios sobre acontecimientos políticos, en referencia a logros estatales, en la utilización de medios legales de protección o en la participación o no participación en decisiones) están de tal manera estructuradas, que su aprovechamiento (independientemente de cómo se decida) es una especie de autoobligación con el sistema, encadenando al que actúa a esta presentación de sí mismo. No puede desasirse de ella, sin desacreditarse a sí mismo por sus contradicciones. Incluso una total pasividad o una indiferencia ex profeso ostentosa producen el efecto de mantener el *statu quo*: los votos que no se marcan (o que se dejan en blanco) favorecen a la mayoría.

[18] Compárese esto con lo expuesto en las páginas 31s.

Lo inevitable en el proceso de integración no es un gradiente respecto a la realización óptima de los valores;[19] reside en el hecho de que todo comportamiento en el ámbito de relevancia estatal tiene —quiérase o no— un valor expresivo generalizado y referido al sistema, ya que las oportunidades de comunicación están estructuradas e institucionalizadas de acuerdo con ello.

Esta generalización del presentarse —y esto es válido para cualquier generalización mediante sistemas específicos— aprehende la conducta humana sólo de manera parcial, sólo en un rol específico. Junto al rol de ciudadano, el ser humano también desempeña otros roles. Debe participar en muchos subsistemas de la sociedad, cuya diferenciación se refleja en las dificultades que él percibe para administrar sus roles. Debe coproducir en el sistema económico, legar cultura, intervenir en una buena cantidad de eventos públicos no-políticos, llevar una vida familiar y, todo esto, sin desintegrarse, sin dejarse fragmentar por deberes de comportamiento en pugna. Esto sólo lo puede lograr si en todos los roles puede presentarse siendo uno y el mismo. Para eso necesita un sistema propio de generalización, una personalidad individual que —en la configuración personal de diversos roles— haga plausible como contexto-significativo-de-vida la combinación singular de roles.[20]

Visto al revés, los órdenes sociales diferenciados requieren de una multiplicidad de personalidades diversas, para las múltiples y disgregadas funciones especiales que deben cumplir. Se

[19] Así lo consigna Smend en, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin 1955, p. 170. Sin embargo Smend presta en un trabajo posterior Integrationslehre, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, tomo 5 (1956), pp. 299-302, especial atención a los mecanismos que acentúan la tensión entre lo normativo y lo fáctico. Esto provoca la duda de si Smend estaría dispuesto a respaldar el argumento que citamos arriba.

[20] Aquí tratamos de desempolvar algunos de los primeros estudios sociológicos que se hicieron para tratar de explicar las relaciones existentes entre los procesos de la diferenciación social y el individualismo. Véase, por ejemplo, Georg Simmel, Über sociale Differenzierung, Leipzig 1890, (especialmente pp. 45 ss); y de él mismo, Soziologie, 2ª ed. München-Leipzig 1922, pp. 527ss.; Emile Durkheim, De la division du travail social, 7ª ed. París 1960, (especialmente pp. 336ss., 398ss.); Cecil C. North, Social Differentiation, Chapel Hill - Londres 1926, pp. 14s.; además también Hans Gerth/C. Wright Mills, Character and Social Structure: The Psychology of Social Institutions, Nueva York 1953, pp. 100ss., o bien Peter Heintz, Einführung in die soziologische Theorie, Stuttgart 1962, pp. 185ss., (especialmente p. 190).

atrofiarían sobre la base de estructuras uniformes de personalidad —como las de los órdenes sociales simples— porque les faltaría la diversidad requerida de dotes, actitudes y motivaciones. Por eso deben legitimar la diversidad de personalidades y hacerla consciente como derecho a la individualidad.

Probablemente no es ninguna casualidad que el individualismo occidental haya surgido del dualismo medieval entre Estado e Iglesia,[21] de donde se separaron muy pronto también las exigencias autónomas de los roles del sector económico. Los tres estamentos del status ecclesiasticus, politicus y oeconomicus[22] se presentan entre ellos como diversas jerarquías. Dado que ahora las divergentes exigencias de comportamiento ya no pueden conciliarse en una estructura unitaria en el plano del orden social, deben encontrarse soluciones a los crecientes problemas individuales y personales, para los cuales ya no se puede recurrir a un modelo institucional de comportamiento incuestionable. La singular intensificación de la amistad, que tuvo lugar en el tiempo de transición de los siglos XVIII y XIX, ya ha sido documentada por Tenbruck[23] a partir de la constelación de problemas aquí expuesta. Al final de este desarrollo se encuentra, en el siglo XIX, a la sociología y al *dandy*. La personalidad se idealiza ahora como individuo (y no sólo en la realización óptima de roles sociales: como héroe, santo, artista o filósofo), porque la personalidad será funcionalmente importante como individuo, para la coordinación estructural del orden social. El particular hará de sí mismo un principio de

[21] Este dualismo sólo se hizo posible porque la religión también adquirió, como el derecho, la forma de un sistema social con una función exclusiva. Este proceso provocó que en el contexto religioso se comenzara a exigir, como principio inexcusable, decisiones y actividades religiosas individuales, así como también responsabilidades individuales por la salvación del alma. Esto es así a pesar de que la experiencia religiosa elemental trate a menudo de pasar por alto este principio. Véase para esto, por ejemplo, el Zapato de Raso de Claudel.

[22] Véase para la doctrina luterana de los tres estamentos con algunas aclaraciones suplementarias a Ernst Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Obras completas, tomo I, reed., Aalen 1961, pp. 522ss. Valga aquí solamente la aclaración de que los estamentos fueron concebidos como un tipo de organización de orden personal y no desde el punto de vista del diseño de un orden basado en roles sociales.

[23] Véase para esto Friedrich H. Tenbruck, "Freundschaft: Ein Beitrag zu einer Soziologie der persönlichen Beziehungen", Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 16 (1964), pp. 431-456.

selección consecuentemente sostenido: diseñador, elector de los social-demócratas, conductor de un Porsche, portador de una boina vasca (Béret), etcétera. La *dotación funcional de sentido* del individualismo se construye entonces del todo sobre la *diversidad* de lo individual. *No será necesario —como en el individualismo racional del siglo XVIII— postular la igualdad de los individuos sostenida en su más alta posibilidad, la razón, para fundamentar la posibilidad del orden social.*

El racionalismo moderno debió aprehender el problema del individualismo, primero como un problema de libertad frente a la determinación social (y sobre todo política), y por eso sólo pudo hacer justicia a las exigencias de la vida en común únicamente con la tesis de la igualdad de los individuos. Esta forma de plantear el problema ha sido superada, especialmente a partir de las innovadoras investigaciones de Durkheim sobre la necesidad de apoyo institucional del individualismo.[24] Con ello el problema de la integración —centro del interés teórico en Durkheim así como en Smend— se aprehenderá de manera más profunda. Se trata fundamentalmente de la pregunta por la "institucionalización del individualismo",[25] de la pregunta por las *instituciones sociales* que son necesarias para que el particular, como *individuo concreto* (no sólo en sus roles predeterminados o en la ejecución de mandatos), pueda ser el *portador funcional del orden social.*

Los órdenes sociales simples —en donde las personalidades se presentan en roles tipificados y en combinaciones-de-roles estructuralmente fijas— habrían tal vez experimentado esta acentuación de la individualidad de cada individuo como abstracción dudosa. No tenían ninguna posibilidad de concebir la singularidad personal del ser humano particular, la cual sólo

[24] Compárese aquí particularmente Emile Durkheim, Le suicide: Etude de sociologie, París 1897. Robert K. Merton se ocupa también del tema, pero no lo analiza específicamente desde la óptica del individualismo. Véase para esto Robert K. Merton, "Social Structure and Anomie", en de él mismo: Social Theory and Social Structure, 2ª ed. Glencoe Ill. 1957, pp. 131-160.
[25] La frase es de Talcott Parsons, compárese en Talcott Parsons, "Durkheim's Contribution to the Theory of Integration of Social Systems", en Kurt H. Wolff (ed.), Emile Durkheim, 1858-1917, Columbus Ohio 1960, pp. 118-153 (especialmente p. 146).

le pertenece a él, independientemente del contexto social. En los órdenes sociales diferenciados, al contrario, aparece el individuo como lo concreto —a partir del cual en los roles sociales se hacen visibles sólo parcelaciones específicas y, en esa medida, abstractas. Y precisamente porque la estructura de nuestro orden social finca la vivencia y la expectativa-de-la-vivencia en la singularidad concreta de los seres humanos, por eso se dan los desengaños. La permanente búsqueda de "personalidades auténticas" y el lamento sobre el "hombre-masa" son consecuencias de esta óptica preformada.

La autoconciencia individual puede transformar la confirmación social de acciones particulares, convirtiendo el éxito de autopresentaciones particulares en una confirmación de la propia persona en su totalidad. La auto-seguridad que de allí resulta hace posible sustituir, en mayor o menor medida, el apoyo externo en expectativas, roles e instituciones definidos con toda precisión y, en ese sentido, liberar internamente al ser humano. De esta manera, puede alcanzarse un alto grado de sujeción del miedo, aun en situaciones que no están claramente determinadas en lo social. El dominio del miedo, por todo lo que ya se sabe, permite mostrarse emocionalmente sereno y con 'objetividad', permite orientarse por criterios generales objetivos y por relevancias específicas, permite aceptar los hechos y descargarse de la vivencia elaborada a partir de funciones defensivas y autorreferidas —cualidades todas del comportamiento, cuya importancia se incrementa en un orden social diferenciado, ya que corresponden a sus exigencias estructurales.

Por otra parte, precisamente por las mismas razones, es necesario despersonalizar la conducta cotidiana.[26] Dado que los roles sociales son propuestos al individuo de manera descoordina-

[26] Compárese para esto la opinión de un psicólogo sobre el tema de la ambivalencia de la libertad individual en Erich Fromm, Die Furcht vor der Freiheit, traducción alemana, Zürich, 1945. Fromm ofrece un análisis panorámico bien elaborado de la discusión histórica y cultural sobre el individualismo (especialmente pp. 48ss.). Por lo demás resulta también de interés echar un vistazo a los estudios interesados en el tema de la relación compensatoria que se registra entre un nuevo tipo de seguridades (esto es: seguridades sistémicas) con autoconciencia y despersonalización —relación compensatoria que reemplaza la vieja seguridad que ofrecían pequeños grupos sociales demasiado estáticos como la familia. Véase para esto James S. Plant, Personality and the Cultural Pattern. Nueva York - Londres 1937, pp. 149ss.

da, no puede esperarse que, en cada rol, éste se exhiba demasiado personalmente, vinculando excesivamente la presentación de sí mismo. Un orden social que agobia estructuralmente a la personalidad individual debe, al mismo tiempo, aligerarla limitando sus exigencias. Y, sobre todo, cuanto más individualmente se entienda el ser humano a sí mismo, menos interés general podrá presuponer por su individualidad en todos los contactos sociales — justamente por esto, deberá presentarse impersonalmente. Si habla mucho de sí mismo aparecerá como inculto. Se institucionalizará en el trato social, como ya se dijo, un tono "impersonal", los consensos obligados se especificarán y se tolerará (y hasta esperará) un alto grado de indiferencia personal en la ejecución de los roles. El individuo singular podrá dejar abiertas posibilidades de retirada a su autopresentación, mostrando que su conducta está fuertemente regida por contextos "objetivos", de modo que no se le puede atribuir a él directamente. En paralelo toma carta de ciudadanía una conformidad externa del comportamiento, aceptada convencionalmente, sin que se escarben las verdaderas disposiciones internas —innecesarias como fundamento de la confianza.[27]

La simultaneidad de 'individualismo de la personalidad altamente estilizado' y 'comportamiento ampliamente impersonal' es un hallazgo sólo en apariencia contradictorio.[28] La paradoja (no resoluble de otra manera) refuerza, más bien, nuestro diagnóstico: las exigencias de la presentación están regidas por un problema central unitario, a saber, la diferenciación social. Un modo de ver sociológico, ampliamente confirmado en otros casos, afirma que

[27]La así llamada sociología del comportamiento desviado trata de dar cuenta de este fenómeno refinando la vieja dicotomía consenso/desviación y distinguiendo varios tipos de comportamientos conformistas y desviados. Por ejemplo: conformismo actitudinal, conformismo expresivo y conformismo de acción. Consúltese para esto Robert K. Merton, "Social Conformity, Deviation, and Opportunity-Structures: A Comment on the Contributions of Dubin and Cloward", American Sociological Review 24 (1959), pp. 177-189 (especialmente pp. 178ss.). Si se comprende esta problemática, entonces se cae en cuenta que el individuo puede, en un medio societal que impone exigencias muy complejas, seleccionar entre una gran variedad de estrategias para preservar su identidad.
[28] En forma semejante opina Arnold Gehlen en, "Mensch trotz Masse", Wort und Wahrheit 7 (1952), pp. 579-586.

tendencias contrarias pueden ser equivalentes funcionales y que, cuando en la base tienen el mismo problema social, o se reemplazan o se condicionan mutuamente.

Bajo esta clase de exigencias funcionales y cargas del comportamiento socio-estructurales, la personalidad individual requiere (no por último en su libertad hacia lo impersonal) de protección especial. Con esto llegamos de nuevo, otra vez, al problema de los derechos fundamentales. Entretanto nuestra tesis —que los derechos fundamentales sirven para mantener un potencial de diferenciación y, en esa medida, para la estabilización de una estructura social diferenciada— se ha enriquecido con algunas ideas. Vale la pena elaborar, con mayor detalle, estos pensamientos en vista de cada una de las formas de los derechos fundamentales

4
La individualización de la presentación de sí mismo: dignidad y libertad

En el capítulo anterior hemos ofrecido las bases para ubicar el problema de la auto-presentación de la persona en un orden societal diferenciado. Sobre ellas podemos seguir aquí construyendo. Bajo las condiciones societales mencionadas, se espera que todo ser humano sea capaz de referir su acción a muchos sistemas sociales y de unificar sus exigencias desequilibradas en una síntesis personal de comportamiento. Lo podrá hacer en la medida en que se coloque en la situación de ofrecer a su comportamiento —en las circunstancias sociales más diversas— una línea personal de continuidad y de convertir dicha línea en presentación social para lograr aprobación.

Esta línea no tiene que ser original y única. Para casi todos los problemas hay prototipos y modelos. Sin embargo, tendrá que ser personal en el sentido que concuerde con la constelación individual de exigencias sociales en las que ocasionalmente se encuentre el individuo. Para problemas estandarizados son suficientes soluciones estandarizadas[1] —basta una personalidad hecha en serie.

[1] Un buen ejemplo de esto se encuentra en el análisis de la imagen de sí mismo e ideología del hombre de negocios de los Estados Unidos que hacen Francis X. Sutton/Seymour E. Harris/Carl Kaysen/James Tobin, The American Business Creed, Cambridge Mass. 1956. Un estudio cuyas premisas se insertan exactamente en el marco teórico conceptual que aquí se propone.

Aunque la experiencia enseña que a ciertos seres humanos se les da algo especial, logran un plus[2] de personalidad y con ello resuelven situaciones inusualmente difíciles de manera brillante.[3] Alcanzan un nivel de comportamiento personal que convence como fundamento de sus decisiones. ¡Yo, Adam Kunze, lo hago así! Tengo el derecho a ser respetado en esta decisión en razón de mi historia de vida y logros, de mi apariencia física y mis modales, de mis certificados de formación, mis éxitos y mi inteligencia, mis relaciones y mi independencia interior.

Tales decisiones surgidas del nivel personal son siempre aceptadas, sobre todo cuando en ellas se pone en evidencia la

[2] El problema parece que se encuentra en el lado opuesto de lo que nos quieren hacer creer los pronósticos sombríos de una "época de masas": El orden social moderno ofrece más alternativas para desarrollar la individualidad de las que puede procesar la personalidad y, tal como en el pasado, únicamente una elite logra individualizar su auto-presentación. Esta mirada optimista también la comparte Richard F. Behrend, Dynamische Gesellschaft, Bern-Stuttgart 1963, pp. 52ss. Dignas de ser tenidas en consideración son también las reflexiones sobre la "individualidad compensatoria" (Ersatzindividualität) que se encuentran en Karl Bednarik, Der junge Arbeiter von heute — ein neuer Typ, Stuttgart 1953, pp. 33ss.

[3] En la teoría sociológica de roles no se ha prestado hasta el día de hoy la atención debida a esta solución de conflictos que se logra por medio de atributos personales. El enfoque se centra en las técnicas para separar situaciones y espectadores, para distanciarse de las relaciones de rol o del compromiso, o en las que aprovechan las diferencias de poder que se localizan en el entorno, o de la definición de las prioridades de valores. Véase para esto los ejemplos que ofrecen las investigaciones de Robert K. Merton, "The Role-Set: Problems in Sociological Theory", The British Journal of Sociology 8 (1957), pp. 106 - 120, y William J. Goode, "A Theory of Role Strain", American Sociological Review 25 (1960), pp. 483-496. El concepto tan recurrido de presión de rol (role strain) expresa indirectamente lo que aquí se propone: que el orden social descarga en diferente medida los problemas que no puede solucionar sobre los hombros de los individuos, lo que ocasiona que la personalidad individual se vea anclada en la posición de un sistema que debe ofrecer soluciones a determinados problemas sociales. Veáse Alvin L. Bertrand, "The Stress/Strain Element of Social Systems: A Micro Theory of Conflict and Change", Social Forces 42 (1963), pp. l-9; y como investigaciones aisladas muy interesantes William F. Whyte, Human Relations in the Restaurant Industry, Nueva York-Toronto-Londres 1948 (basada en la obervación de meseras) y Oscar Grusky, "Managerial Succession and Organizational Effectiveness", The American Journal of Sociology 69 (1963), pp. 21-31 (sustentada en la observación de managers de equipos de baseball). Desde una perspectiva más amplia Gerhard Wurzbacher, "Sozialisation – Enkulturation –Personalisation", en: de él mismo como editor, Der Mensch als soziales und personales Wesen, Stuttgart 1963, pp. l-34. Wurzbacher ofrece el argumento de que ni la personalización ni la socialización se pueden deducir únicamente de la pertenencia a grupos sociales primarios, sino que su función es un logro que se alcanza por medio de la pluralidad de roles que producen los órdenes sociales diferenciados.

congruencia personal interna y con ello se hace evidente, al mismo tiempo, que no puede rechazarse la decisión sin rechazar a la persona. En el caso particular, la mayor parte de las veces no existe ningún motivo suficiente para un rechazo con efectos de 'largo plazo'. Por eso, quien tiene el valor puede presentarse personalmente y mostrarse vulnerable, tiranizando así a sus sensibles cercanos al endosarles la tan molesta decisión de un rechazo ofensivo. El orden social debe garantizar una cierta sensibilidad por lo personal —de otra manera existiría sólo la posibilidad de que la personalidad triunfara por el camino del heroísmo, sobrecargando así los roles fijos.

No hay ninguna razón para afirmar que nuestro orden social sea institucionalmente enemigo de la personalidad.[4] Más bien lo contrario es cierto.[5] Toda sociedad diferenciada —desarrollada al grado que no puede ser suficientemente coordinada de manera central— debe apoyarse en las personalidades como punto nodal de las exigencias sociales. Esto lleva a invertir elevadamente en los individuos. La intensificación de sus pretensiones se legitima socialmente. Se desarrolla un incremento de la sensibilidad ante las condiciones personalizadas del comportamiento y la necesidad de respeto. El tacto, la tolerancia y la capacidad psicológica de discernimiento ganan terreno visiblemente, mientras se reducen

[4] Esto se admite frecuentemente como obvio en las proposiciones secundarias. Típico, por ejemplo, Josef M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957, p. 14. De este prejuicio es culpable, por una parte, la confusa idea de "hombre-masa", la cual está muy arraigada porque en nuestro orden social cada cual tiene contactos con más seres humanos que los que puede conocer personalmente. Por otra parte, surte efecto la representación "heroica", de la personalidad, la cual en realidad no fue sino una imagen muy impersonal y esquemática de rol, y que sólo se individualizó en la novela por corto tiempo. Véase el tratamiento literario del tema del héroe desde Tolstoi, pasando por Shaw, hasta Anouilh. Para la decadencia del héroe, también: Orrin E. Klapp, Heroes, Villains, and Fools: The Changing American Character, Englewood Cliffs N. J. 1962. En la actualidad —aun en la guerra— los héroes son útiles sólo de manera condicionada.

[5] Así, por ejemplo, Friedrich Karrenberg, Verantwortung und Möglichkeiten des Einzelnen in der modernen Gesellschaft, en homenaje a Gerhard Weisser, Berlín 1963, pp. 229-248, o: Dietrich von Oppen, Das personale Zeitalter, Stuttgart-Gelnhausen 1960. Sin embargo, no basta con llamar la atención, con una cierta calidez, sobre la importancia de la personalidad individual. La controversia hombre-masa o personalidad es conducida de manera demasiado general y por eso se vuelve indecidible. La pregunta interesante es: ¿qué oportunidades de construcción de personalidad abre la estructura del sistema industrializado y cómo pueden aprovecharlas las posibilidades psíquicas?

las situaciones en las que puede tratarse a otros de manera humillante con beneplácito de los presentes. Incluso el derecho penal y sus procedimientos se humanizan.[6] El desarrollo no sigue el curso (denunciado públicamente con frecuencia) del individuo ufano al hombre-masa. Toma el camino hacia una presentación más consciente de sí mismo[7] y, con ello, hacia actitudes más conscientes y complejas frente a los otros seres humanos como un sistema-especial —camino que nosotros intentamos designar con la palabra clave de generalización-de-la-presentación.

El primer y más importante prerrequisito de este estado de civilización de la sociedad —sólo para esbozar pensamientos muy conocidos— es la centralización de las decisiones sobre la aplicación

[6] Recuerdo la glosa de una revista jurídica especializada que exigía al juez penal (así como también al fiscal) dirigirse al reo con "Señor", apelando a la dignidad del ser humano. En eso es menos de admirarse la deducción jurídica que la medida de autodominio socialmente esperable. En relación con el encarcelado, véase para esto el juicio negativo del Juzgado territorial de Hamburgo del 14.12.1964, Neue Juristische Wochenschrift 18 (1965), p. 647.

[7] Dado que en un orden social diferenciado crecen las exigencias de presentación, los aspectos expresivos del propio sí mismo ingresan progresivamente en la autoconciencia. No compartimos por eso la versión romántica de Max Scheler (Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4ª ed. Berlín 1954, pp. 511s.) de que el valor propio de la persona eluda la intención directa. Es verdad que cada acto intencional presupone en el mismísimo momento un agente no pretendido. Los límites de la autoconciencia y de la intención propia son, sin embargo, variables —como lo muestran los éxitos de la psicoterapia al separarlos. De una conciencia puramente acompañante de la propia presencia puede el ser humano llegar a tener una alta conciencia del problema de su estructura de personalidad y —lo que aquí interesa— de los efectos que produce en los otros. Puede entonces velar con comedimiento los aspectos comunicativos de su sí mismo y hacer que guarden una misma línea. Naturalmente no puede copresentar la conciencia de su autopresentación, porque con ello daría a entender que él también pudiera ser de otra manera —con lo cual se haría no confiable y vendría a desacreditar su propia presentación de sí mismo. La teoría de Scheler (de que el autovalor no puede pretenderse —sólo es sostenible como teoría de la no-presentabilidad de la intención del auto-valor) es en el fondo sólo el eco de una norma social de la presentación de sí mismo —expresión, pues, de un deseo social de estabilidad. Por lo demás, no puede hacerse entender la función de un valor que no se pueda intentar y ni qué decir de entender su "ser".

La crítica a Scheler va estrechamente unida al hecho de que nosotros no aceptamos su distinción persona-social/persona-íntima como una distinción óntica (cfr. más adelante nota 26). Y en último término remite a que nosotros, en lugar de una teoría del valor orientada todavía de manera ontológicamente sustancial, pusimos una teoría de la comunicación orientada funcionalmente.

de la violencia física.[8] Sólo ella garantiza, con un grado suficiente de seguridad, la capacidad de disponer sobre el propio cuerpo —sobre todo (aunque no únicamente) en calidad de medio-de-presentación y símbolo de personalidad. Sólo ella permite una conducción distendida y afectivamente neutral de los contactos normales. Sólo bajo este presupuesto se vuelve de alguna manera probable que los seres humanos se orienten de manera 'objetiva' entre sí.[9]

La centralización de las decisiones sobre la aplicación-de-la-violencia sólo puede efectuarse *centralizando las decisiones* —nunca centralizando la aplicación de la violencia. Se requiere, además, el dominio efectivo de un territorio suficientemente extenso, o bien, la pacificación del entorno total. Para cumplir con esta condición, se vuelve necesario el montaje de una organización estatal que produzca decisiones vinculantes y que esté en situación de movilizar apoyo político para sus programas-de-decisión. Todas estas razones han empujado al Estado a adoptar la forma de un sistema de acción funcional y específico para la forja de decisiones. Como tal es momento constitutivo de aquella paz duradera, sólo sobre la cual puede desplegarse la civilización.

Todo esto por sí solo no basta para resolver el problema de la generalización de las presentaciones de sí mismo y las actitudes. Sus precondiciones, sin embargo, adquieren —y esta es también una función característica de la diferenciación social que posee un significado muy amplio— *una versión concentrada, específicamente palpable y, con ello, racionalmente solucionable.* En el Estado pueden ahora concentrarse los esfuerzos de resguardo de eso que se designa como libertad. Los derechos fundamentales se establecen para

[8] Cf., para esto especialmente Elias (cap. 1, nota 19) Vol. II. Para la importante excepción de la familia véase más adelante cap. 7, nota 15.

[9] Se minusvalora fácilmente la importancia de este presupuesto fundamental de una paz asegurada porque para nosotros se ha vuelto obvio. Aunque aun en nuestro tiempo se encuentran contra ejemplos muy instructivos. Véase, por ejemplo, el trabajo excepcional de Germán Guzmán/Orlando Fals Borda/Eduardo Umaña Luna, La Violencia en Colombia: Estudio de un Proceso Social, Bogotá 1962, con el resultado decisivo de que el permanente empleo de la fuerza no controlable por el Estado no lleva, como lo pensaba Hobbes, a deshacer el orden, sino al surgimiento de un sistema social que en sí mismo muestra esbozos de un orden social referido a un problema —aunque desde el punto de vista de la ideología oficial del orden gubernamental aparezca como corrupto.

asegurar la libertad frente al Estado. Pero esto de antemano supone que primero se ha creado una contra-instancia, un monopolio de amenaza a la libertad: con cuya represión no se aferra el vacío sino el logro positivo que efectivamente puede lograrse —la libertad. El Estado es —cosa que siempre se olvida— precondición de toda libertad;[10] no porque el Estado la garantice parcialmente o con preformas elementales, sino porque, para la organización estatal, la libertad se vuelve racionalmente regulable bajo la forma de programa-de-decisión. El Estado aglutina el potencial de amenaza —esparcido en la sociedad en forma difusa e inaprehensible— de la libertad y con eso la vuelve decidible —lo que en el caso personal puede significar ganancia o pérdida de la libertad.

Pero ¿qué es la "libertad" y qué es la "dignidad" del ser humano? ¿Qué sentido pueden tener estos conceptos en una sociedad burocrático-industrial? Y, ¿qué función tienen los hechos designados mediante ellas, en un orden social diferenciado?

La actual dogmática constitucional sorprendentemente interpreta estos conceptos haciendo caso omiso de las ciencias que se ocupan del ser humano o de la sociedad humana.[11] Se quedó aristotélica.[12] Ciertas modificaciones, ciertas distinciones en la interpretación —formadas en el curso de los siglos y aun la recepción del concepto de valor recientemente surgido en el siglo XIX, y por consiguiente completamente moderno— apenas si han modificado

[10] Véase Krüger (cap. 2, nota 4), pp. 537s.

[11] De esto también se lamenta, con intenciones totalmente diferentes, Wilhelm Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln-Berlín 1958, p.ej., pp. 170, 183ss., sin pensar siquiera un instante en consultar a las ciencias especializadas competentes en ello. En lugar de eso se vuelve a la teología y al pensamiento de jerarquía de las leyes del Medioevo. De cualquier manera, en los círculos teológicos parece sentirse más fuertemente la necesidad de sustituir de nuevo la pregunta por-el-valor con la pregunta por-la-verdad. Cfr. Ernst Wolf, Die Freiheit und Würde des Menschen, en: Hermann Wandersleb (ed.), Recht-Staat-Wirtschaft vol. 4, Düsseldorf 1953, pp. 27-39 (38). Aunque dicha necesidad no lleva de allí a las ciencias empíricas.

[12] Además cuando llena de veneración se apoya en la gran tradición ontológica del derecho occidental —por ejemplo, véase René Marcic, Der unbedingte Rechtswert des Menschen: Seine Würde und Freiheit als präpositive Strukturelemente der positiven Rechtsordnung, en honor de Eric Voegelin, München 1962, pp. 360-394 — al menos en situación de sostener una conversación (adecuada a su rango) con el pensamiento del pasado. Muestra entendimiento en las preguntas y en las alternativas, juicio.

la postura tradicional sobre la naturaleza del ser humano y lo que a ella se debe. Esto significa, sobre todo, que —como antes— la personalidad del ser humano se interpreta como sustancia,[13] como ente que de cierta manera excluye su propia negación. Con esto, la muerte y, con ella, también la conciencia[14] caen fuera del círculo de hechos que confieren a la dignidad humana su perfil. En cuanto sustancia el hombre es ante todo él mismo. Aunque esto significa que la naturaleza social del ser humano sólo puede pensarse posteriormente.[15] Podrá subrayarse cuanto se quiera su importancia e inevitabilidad, pero siempre se verá tan sólo como condición del sostenimiento de la vida, como límite del auto-desarrollo o como sobre-formación idealista o normativa de la personalidad existencial frente a su buena y verdadera personalidad.[16] Pero no como esfera constitutiva de la individualidad misma —como, por ejemplo, espacio y tiempo.

[13] En el sentido desde luego de la filosofía escolástica como substancia individual de la naturaleza racional. Véase, por ejemplo, Thomas von Aquino, Summa Theologiae I q. 29 Art. l (ed. Caramello, Turin-Rom 1952 vol. I, pp. 155s.) citando a Boecio. Esta afirmación se sostiene sobre la base de la diferencia del ser humano con el animal: no parece haber más sentido allí que el contenido en la pregunta. Desde Heidegger se ha vuelto dudoso que sigamos mirando la esencia del hombre por su distancia con el animal.
[14] Cfr., con más detalle adelante pp. 76s.
[15] Incluso la crítica radical de Heidegger a la interpretación ontológica del "Dasein" como auto-ser y su formación actual como 'subjetividad de la autoconciencia' pasa de largo la dimensión social y la hace valer sólo para el Dasein cotidiano e inexacto —por eso la filosofía del lenguaje de Heidegger se vuelve mística del ser. Véase sobre todo Sein und Zeit I, 6ª ed. Tübingen 1949, pp. 113ss. Véase también Werner Maihofer, Recht und Sein: Prolegomena zu einer Rechtsontologie, Frankfurt 1954, y de él mismo, Vom Sinn menschlicher Ordnung, Frankfurt 1956, cuya crítica a Heidegger lleva verdaderamente a la necesidad de valorar la dimensión social de la existencia humana, aunque, a su vez, se queda apresada en una "dialéctica existencial" entre la persona individual y la persona social con un decidido "tanto la una/como la otra" — insignificancias, pues, que la investigación empírica ha superado desde hace mucho.
[16] He aquí un ejemplo que vale para muchos casos: Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat: Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlín 1957, con todas las oscuridades que se levantan cuando, por un lado, se argumenta con la línea escolástica del ens et verum et bonum convertuntur y, por otro, cuando se emplea el concepto de valor, que definitivamente allí no cuadra. El resultado es que el art. 2 par. l GG no protege la libertad de la personalidad, sino la personalidad cristiana. Una crítica, cuidadosa y carente de compromisos, a estas tendencias se encuentra en la conferencia de Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, Karlsruhe 1956.
* "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

Este punto de partida utiliza un determinado modo de preguntar (un esquema de aprehensión) que se evidencia ontológico en razón de los presupuestos de pensamiento ya mencionados. La argumentación de los derechos fundamentales sustenta, desde allí, esa estructura tan conocida del sí/pero (formulada, por ejemplo, en el art. 2 par. 1 GG),* la cual sirve de declaración, aunque también, sin duda, de modelo de pensamiento: el ser humano es, a partir de sí mismo, libre o tiene derecho a la libertad sí, pero debe respetar los derechos de los demás. Puede tener propiedad sí, pero al usarla debe aceptar ataduras sociales. Incluso los enérgicos impulsos que han puesto tanto el contenido de compromiso de los derechos como sus ataduras sociales bajo las candilejas del artículo constitucional —recuérdese tan sólo a Friedrich Naumann— se han limitado a subrayar el "pero" y, con ello, han terminado por admitir el modelo de pensamiento que está en la base.

El resultado es que la decisión sobre el sentido de los derechos fundamentales se aplaza y delega, porque cuando en las premisas se incrusta una antítesis, cualquier deducción es posible.[17] Así la dogmática —que se esfuerza como Sísifo por atrapar la problemática que rueda desde la cima de los derechos fundamentales para empujarla de nuevo hacia arriba— está siempre en la tentación de emplear a mediana altura un pathos que sólo corresponde a los dioses. El límite del contenido esencial del artículo (19 par. 2 GG)* no ofrece para esto prácticamente ninguna ayuda, ya que el concepto de esencia se ha disuelto con la declinación de los presupuestos ontológicos de nuestro filosofar y se ha convertido en simple 'fórmula vacía'.[18] La esencia de la esencia es desconoci-

* "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

[17] Tales contradicciones enturbian también en otros lugares la argumentación. Así cuando Hans Carl Nipperdey, Die Würde des Menschen, en Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (eds.), Die Grundrechte, Bd. II Berlín 1954, pp. l-50, concluye: la dignidad es la esencia del hombre, por tanto el ser humano tiene derecho a la dignidad —ambas afirmaciones se excluyen mutuamente. Porque sólo puede tenerse derecho a lo que puede perderse, y por 'esencia' se entiende precisamente la cualidad que no puede perderse de una substancia. Ejemplos de esta falta de rigurosidad en la argumentación pueden multiplicarse. Quizás algunos autores tengan conciencia de que para la función integradora de los derechos fundamentales no es necesaria la pulcritud de pensamiento.

[18] Este es especialmente claro en el discutido intento del Supremo Tribunal Federal —véase

da. Sólo sirven de auxilio el logro de consenso en la discusión del dogma[19] y la fuerza-de-derecho de las decisiones de los tribunales constitucionales.

Lo que podría ser de ayuda radical sería un vuelco en la reflexión de las cuestiones fundamentales. La ciencia moderna desde hace tiempo ha dinamitado en lo elemental las premisas ontológicas de la metafísica. El concepto de función implica invertir los supuestos de pensamiento del concepto de sustancia, esto es, orientar la razón (y con ello finalmente la autocomprensión humana) hacia lo

---

sobre todo la resolución del 17.10.1955, Die öffentliche Verwaltung 8 (1955), pp. 729ss. — por dotar de contenido practicable al concepto de esencia con ayuda del "principio de indispensabilidad" —una fórmula, pues, de ponderación. Crítico de eso Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln-Berlín-München-Bonn 1961, pp. 34ss., con referencias sobre el estado de la discusión. En esa misma línea está el intento de Peter Häberle (Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 ap. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962) de hacer pasar el principio de ponderación de los bienes por límite inmanente (¡!) y, con ello, por esencia de los derechos fundamentales. De manera similar Eike von Hippel, Grenzen und Wesengehalt der Grundrechte, Berlín 1965. En el fondo esto acaba en la paradójica tesis de que la relación es la esencia de la sustancia y, desde allí, se permite cualquier consecuencia arbitraria. Incluso la propuesta de interpretación, aparentemente seductora, de Günter Dürig - Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), pp. 117-157 (136ss.) -, de que hay una violación de la esencia cuando el portador de los derechos fundamentales es tratado por el Estado solamente como objeto, se muestra como fórmula vacía, ya que a los seres humanos sólo se les puede tratar como objetos —puesto que todo trato supone objetivación. Queda en manos de Dürig o de otros la tarea de decidir cuándo un trato así es tal manera escandaloso, que supone una violación esencial a los derechos fundamentales. Las fórmulas vacías ocultan, la mayoría de las veces, normas apócrifas o, lo que es peor, competencias para formular leyes.

[19] Esto se abre paso, cada vez más claramente, como la ultima ratio de la moderna discusión sobre los métodos. Compárese, por ejemplo, el concepto de "disimular opiniones" en Lerche (Peter Lerche, Stil, Methode, Ansicht, Deutsches Verwaltungsblatt 76 (1961), pp. 690-701) o centrarse en el "consenso de todos los que piensan de manera racional y justa" en Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963), pp. 53-102, (p. 71s.) Para eso también Christian Graf von Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 2 (1963), pp. 425-449 (pp. 429ss.), y el desarrollo del pensamiento en Reinhold Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München-Berlín 1962, desde tareas previas de la ponderación de intereses pasando por problemas de valoración hasta una "moral jurídica dominante". Aunque esta reinterpretación —que se conoce desde Hume— de dificultades del método en problemas de consenso, sólo fascina a un público limitado.

que podría ser de otra manera.[20] El sentido de lo idéntico no está ya en el sustentarse-en-sí-mismo, sino en su capacidad para ordenar otras posibilidades.[21] En relación con esto, empiezan a ganar terreno —en las modernas psicología, antropología y sociología— teorías que conciben la autoidentificación del ser humano como acontecimiento que se realiza en el contacto social y en confrontación con los peligros que de allí se derivan. En el conocimiento, pues, de que con cada exteriorización comprensible de la vida vincula, intencionalmente o no, una afirmación sobre sí mismo. La distinción entre ser y parecer —igualmente un esquema de pensamiento ontológico— no es adecuada para captar este acontecimiento. El ser humano será la personalidad como él se presenta.[22]

No es difícil —desde aquí— determinar con bastante nitidez[23] los conceptos de libertad y dignidad, en referencia a investigaciones (o posibilidades de investigación) empíricas. Ambos conceptos designan las condiciones fundamentales de éxito de la presentación de sí mismo de un ser humano como personalidad individual.[24] El ser humano ya es individuo como organismo —porque

[20] Con más detalle Niklas Luhmann, Funktion und Kausalität, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 14 (1962), pp. 617-644 (639ss.) y de él también, "Wahrheit und Ideologie", Der Staat l (1962), pp. 431-448.

[21] Whitehead formula este pensamiento — incluido ya en la monadología de Leibniz— con el concepto de "prehension". Cfr. Alfred N. Whitehead, Science and the Modern World, 1925, Mentor Book edición de Nueva York 1954, pp. 70ss., y de él también: Process and Reality: An Essay in Cosmology, Cambridge Mass. 1929, sobre todo pp. 24ss., 309ss.

[22] Este trazo de media altura salva el importante estadio intermedio de desarrollo de la teoría funcional de la personalidad. Una psicología más antigua, orientada por las ciencias naturales del siglo XIX, funcionalizó el concepto personalidad por medio de la idea de la energía psíquica escasa o, al menos, constante, en que el concepto de energía – como siempre - no establece un testimonio cualitativo, sino que sólo fija la propia premisa de constancia. Esta premisa aclara también la frecuentemente "pobre" impresión que dejan las teorías psicológicas más antiguas. Ahora es crecientemente sustituida por el concepto de identidad, que la problemática sistema/entorno convierte en el punto crucial del análisis funcional de la personalidad. Con ello las preguntas por la presentación vuelven al centro del interés científico.

[23] Pero como se dijo: ¡de manera funcional, no sustancial!

[24] No podemos ofrecer en este contexto ninguna teoría psicológica adecuada de la personalidad y, por eso, también debemos renunciar a confrontarnos con el complejo de problemas más importante de esta teoría: las preguntas por la diferenciación interna de la estructura de la personalidad. Que las personalidades son estructuras sistémicas diferenciadas, puede darse por bastante aceptado —habría tan sólo que remitirse a las teorías pioneras de construcción de la personalidad de Sigmund Freud y de George H. Mead. De no ser ella misma una

existe como sistema en una relación de variabilidad relativamente independiente con el entorno— aunque sólo es objeto individual. Sólo adquiere individualidad consciente al presentarse a sí mismo como compañero en la interacción. No sólo debe participar allí lo que él es, sino que en aquello que da a conocer sobre sí mismo pone, al mismo tiempo, de relieve que él cumplirá las exigencias de los contactos comunicativos, que tiene interés en las interacciones, que se someterá a sus normas y —lo más importante— que como individuo se presentará siendo consecuente, calculable, confiable: se mantendrá consistentemente en su individualidad. Las necesidades y condiciones de la interacción individualizan y socializan, al mismo tiempo.[25] El ser humano logra su individualidad, en cuanto personalidad, sólo en el trato social,[26] en la medida en que la presentación de sí mismo se acepta ya sea mediante el consenso o el disenso.[27]

---

unidad estructuralmente diferenciada, la personalidad humana no podría constituirse como sistema relativamente autónomo en un entorno diferenciado. La forma de la estructuración —sobre todo la función del yo conscientemente objetivado y su presentación socialmente orientada para la construcción total de la personalidad— y el volumen de las posibilidades de compensación entre las esferas específicas de la personalidad, se discuten ahora tanto, que no podemos remitir a concepciones globales reconocidas. Por esta razón, nos contentaremos en lo que sigue con los conceptos gruesos de "personalidad" y "presentación-de-sí-mismo" y presupondremos que bajo esos conceptos se entiende una estructura altamente compleja y diferenciada de procesamiento de vivencias —estructura que, en un determinado momento, no puede presentarse como siendo en su totalidad consciente ni siendo en su totalidad social.

[25] Por poner un ejemplo esclarecedor: la dejadez en el vestido y una suciedad a todas luces injustificable, son indignas no sólo porque parecen anunciar falta de auto consideración. Estrechamente unido a eso, ponen de manifiesto poca disposición a exhibirse en la interacción. La actitud frente sí mismo se leerá típicamente desde símbolos, que dan testimonio al mismo tiempo de la disposición a la interacción. Por esta razón, del comportamiento impertinente se deduce falta de auto-consideración y no se hace justicia a quien desea expresar —justo con su comportamiento impertinente— la consideración que tiene de sí mismo. Que se saque esa deducción aunque sea falsa demuestra, por lo demás, que cuando la deducción acierta, no se saca porque acierta. Falsa o verdadera, la deducción traiciona el interés social por proteger la presentación-de-si-mismo del otro.

[26] Por eso tampoco podemos aquí —como en la pregunta por la conciencia— seguir la ética de los valores de Scheler, la cual substancializa como diferencia "óntica" la diferencia entre persona íntima y persona social. Véase Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4ª ed. Berlín 1954, pp. 511s. (p. 567). Aunque se debe naturalmente reconocer que con estos conceptos se puede hacer una distinción muy significativa de la representación.

[27] Que uno pueda confirmar su presentación de sí mismo incluso en el disenso —todo niño

La identidad personal constituida en el trato social, es decir, mediante juego de roles, no debe confundirse con la identidad-de roles-atada-a-la-situación —peligro evocado por una confusa utilización del lenguaje en la investigación moderna norteamericana.[28] No se pierde la identidad cuando se actúa erróneamente, ni cuando se cae en un rol equivocado, ni tampoco cuando uno se mueve desacertadamente en un rol correcto —por ejemplo, cuando una dama entra distraídamente a un lugar reservado a los caballeros. Un desliz como éste no lleva a que se entienda como defecto del rol, sino conduce tan sólo a una situación embarazosa, ya que trae consigo la posibilidad de que quien la ha cometido —el cual siempre y en todas partes debe presentarse como siendo el mismo— sea identificado según la medida de este comportamiento: la vergüenza permanece adherida a él. No sólo está en juego el futuro de la situación, sino también el futuro de la personalidad. Hay ocasiones en que la pifia vincula situación y personalidad de tal manera, que sólo pueden salvarse ambas al mismo tiempo como, por ejemplo, cuando se sale corriendo. La presentación de sí mismo no se resuelve —cosa que para nuestro argumento es decisiva— en el juego de roles, aunque siempre se da en ese juego. Proyecta una personalidad porque presenta una identidad que se vincula a roles y los concreta y porque incluso, también, dadas las circunstancias, incumple deberes de roles.

---

en la edad de la testarudez intenta este camino— va en contra de una teoría demasiado superficial de la personalidad socialmente conformista. El momento constitutivo no es el consenso social con acciones particulares o expectativas de comportamiento (sobre eso véase el capítulo siguiente), sino el reconocimiento social de la persona como centro de generalización, el cual consiste en que los compañeros se embarquen – aprobando o rechazando - en la proyección de una definición de la situación o concepción de rol. De manera parecida distingue James S. Plant, Personality and the Cultural Pattern. Nueva York - Londres 1937, pp. 149ss. (pp. 94ss.), dos planos de la confirmación social, la que se puede referir tanto al qué como al quién es alguien.

[28] Lo que se quiere expresar es la limitación del concepto de "identidad" a la unidad de las exigencias de los roles (que dependen de las situaciones), con la consecuencia (expresada con mayor o menor claridad) que allí se constituye la sustancia del "sí-mismo" —expresamente dicho, por ejemplo, en Edward Gross/Gregory P. Stone, Embarrassment and the Analysis of Role Requirements, The American Journal of Sociology 70 (1964), pp. 1-15 (3). Cfr. también Anselm Strauss, Mirrors and Masks: The Search for Identity, Glencoe Ill. 1959. Así como es de fructífera la idea de investigar la constitución del sí-mismo en la "identity-switching" (es decir, en una "carrera" de identidades cambiantes), así de inútil es ontificar, mediante el concepto de identidad, las cambiantes situaciones morales societales.

Libertad y dignidad son condiciones previas para que, en este sentido, el ser humano pueda socializarse como individuo o como compañero en la interacción. Se refieren a problemas específicos de la comunicación —problemas que son siempre de esperarse cuando el comportamiento tiene valor simbólico para la presentación de un sistema. Para ello, el comportamiento debe mostrar aspectos que no parezcan provocados directamente por el entorno. Debe ser 'libre' y exhibir una cierta consistencia en la presentación. No debe ser perceptiblemente contradictorio ni desacertado, ni permitir que se formen ideas desfavorables. En este sentido debe prestar 'dignidad'. Los conceptos de libertad y dignidad son —como lo veremos con más detenimiento— denominaciones formuladas conforme a valores para la problemática interna o externa de las presentaciones de sí mismo del ser humano.

La libertad no es cosa de causalidad[29] ni simplemente una interrupción de la continuidad causal recurriendo a causas originarias, sino cuestión de atribución.[30] La vivencia de la libertad está dirigida a si la acción se atribuye a un sistema personal o a un sistema social de acción —y a cuál de ellos. En último término, el problema del determinismo/indeterminismo se soluciona en un problema de referencia del sistema.[31] El significado de la libertad

[29] Con ello nos distanciamos también de una concepción moderna de la psicología y la antropología, que entiende la libertad humana como independencia respecto a las determinaciones instintivas de las acciones. Cfr., por ejemplo, Erich Fromm, Die Furcht vor der Freiheit, traducción alemana, Zürich, 1945 o Arnold Gehlen, Der Mensch: seine Natur und seine Stellung in der Welt, 6ª edic. Bonn 1958. Así como es de adecuada esta concepción para el surgimiento de la posible libertad, así dice de poco para la función de la libertad reconocida en el marco de la vivencia social.

[30] Esta afirmación suena mucho a Kelsen, véase Hans Kelsen, Kausalität und Zurechnung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 6 (1955), pp. 125-151 —pero quiere decir algo muy distinto. Kelsen entiende por atribución solamente la conexión debida entre lo ilícito y sus consecuencias, por tanto una relación correspondiente al nexo causal, en la cual la necesidad de la naturaleza se sustituye por la norma. En verdad, sin embargo, la aplicación de la norma no es ninguna atribución —más bien la presupone. La presupuesta atribución de la acción al actor puede (pero no necesariamente debe) estar al servicio de la aplicación de la sanción jurídica. Puede (pero no debe) ser ella misma normada. Se compone de los procesos sociales que constituyen la libertad. El propio Kelsen se acerca de vez en cuando a esta concepción por ejemplo, en Vergeltung und Kausalität, La Haya 1941, pp. 43ss.

[31] Así la controversia resuelta por el idealismo alemán —de si la libertad consiste en acción por antojo o acción por obligación— descansa también sobre un cambio secreto del sistema

no se encuentra en el plano de la realización, sino en el plano de la presentación simbólica, por tanto en el plano de los contactos sociales o de la comunicación. De aquí que exista una estrecha relación entre libertad y generalidad, la cual si bien no puede inducirse al menos puede señalarse.

Libertad y atribución designan un mismo problema.[32] Por eso —convencida y sin riesgo— la filosofía social-jurídica tradicional pudo afirmar que únicamente el actuar libre era reprochable y sólo atribuible a un "voluntarium". Sobre ello funda su teoría de la sanción sin dejarse embrollar por las dificultades de construcción de allí derivadas en los casos de negligencia y delitos de omisión.[33] Con ello sólo expresaba una tautología **y** dejaba abierto qué acciones habría que considerar libres o atribuibles. Y lo decidía conforme a los intereses latentes de la normativización social, encubiertos por la fundamentación tautológica. La interpretación causal de la libertad

---

de referencia del concepto de libertad: en lugar de referir la libertad al marco de acción de la persona y sentir como límites las condiciones funcionales del sistema social, de pronto se vieron los limites en las condiciones funcionales del sistema de acción-personal (sus sentimientos o pasiones). Así el materialismo dialéctico es sólo consecuente cuando ya no refiere la libertad a la personalidad individual sino al sistema social que ella "realiza". Entretanto ya sería tiempo de comprender la propia controversia: la selección de un sistema de referencia es una decisión de abstracción, no es ningún conocimiento y no puede, por tanto, excluir otros sistemas de referencia.

[32] Si bien Kant definió a la persona mediante atribución y refirió la libertad sólo a la persona 'moral' (a diferencia de la persona psicológica); cfr., Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Einleitung in die Metaphysik der Sitten IV, Philos. Bibliothek Vol. 42 (v. Kirchmann ed.) Leipzig 1870, p. 23s., sin embargo, la distinción persona-moral/persona-psicológica queda abstracta, porque todo ser humano es ambas a la vez. En Kant, esta distinción apoya el intento de determinar la esencia del hombre en su más alta posibilidad: de la libertad en la razón. Con eso la capacidad de atribución de la acción retrocede, aunque define el concepto genérico de persona en la posición secundaria de una deducción del concepto de libertad.

[33] Para la historia del dogma cfr., Werner Hardwig, Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburgo 1957. No me queda claro si se hace justicia a la ética de Aristóteles, al ponerlo entre los antecesores de los representantes del principio de libre albedrío y de la concepción de la acción como efectuar efectos. Cfr., también, H. L. A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, en: Antony Flew (ed.), Essays on Logic and Language, Oxford 1951, pp. 145-166, quien duda (desde la perspectiva de los juristas ingleses), si el principio de libre albedrío (en el sentido de un hecho psicológico determinado) aprehende correctamente la razón de la atribución jurídica. Para la nueva discusión alemana cfr., también Karl Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlín 1963.

tenía en esto la función de sugerir un fundamento “natural” del juicio y de proteger la tautología contra el desenmascaramiento, así como la de evitar el descubrimiento de las verdaderas normas de atribución. Se trataba de un caso característico de racionalización presociológica de las perspectivas y actitudes de la vida ordinaria: lo inesperado, lo indeseado, lo ilícito —aquello, pues, que no deja ordenarse por caer fuera de las constancias esperadas de las situaciones y que, por lo mismo, requiere de explicación— se atribuye al que actúa como algo voluntario.[34] ‘Explicación’ a la que la filosofía-de-la-libertad bendice, en lugar de descubrir y de conceptuar las normas sociales que se estabilizan mediante ello. Por eso la filosofía de la libertad tampoco estuvo en condiciones de impulsar efectivamente la libertad sociopolítica. Sólo cuando se rompe esta argumentación circular cerrada en sí misma, sólo cuando la libertad no se entiende como relación causal “natural” (ónticamente pre-dada) sino como implicación simbólica del actuar, puede aprehenderse la magnitud de la tarea planteada al orden social que desee hacer posible la libertad del ser humano.

El actuar social no se agota al instante. Tan pronto como es percibido por otros seres humanos (o en la reflexión del mismo que actúa), adquiere valor-expresivo, que trasciende la realización de la acción. Adquiere un sentido entendible y, de esta forma, se ordena en contextos más amplios,[35] puesto que sólo mediante una generalización así puede asegurarse la necesaria complementariedad del comportamiento humano de roles.[36] Estos procedimientos de

[34] Compárese aquí la relación del problema de atribución con expectativas de normalidad perturbadas en Felix Kaufmann, Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Viena 1936, sobre todo pp. 181ss.
[35] Cfr., Alfred Schütz, Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt: Eine Einleitung in die verstehende Soziologie, Viena 1932; George Herbert Mead, Mind, Self, and Society, Chicago 1934, y de él también como un hito: The Philosophy of the Act, Chicago 1938 —aunque en algunos lugares con procesamientos anticuados de este pensamiento.
[36] Para la problemática aquí insinuada cfr., Talcott Parsons/Edward A. Shils (eds.), Toward a General Theory of Action, Cambridge Mass. 1951, pp. 14s., 65, 105, 153s., 175, 190s., 350 y en otras partes; Siegfried F. Nadel, The Theory of Social Structure, Glencoe Ill. 1957, pp. 50ss.; Alvin W. Gouldner, The Norm of Reciprocity A Preliminary Statement, American Sociological Review 25 (1960), pp. 161-178. Nosotros mismos trataremos esto con más detalle en el siguiente capítulo.

ordenamiento, en cuanto procesos de atribución-simbólica, no son sólo temas de especulación filosófico-social, sino que pueden sin duda investigarse empíricamente. Investigaciones sociopsicológicas han podido mostrar que el valor-expresivo del comportamiento prescrito, socialmente estandarizado, modulado por roles y que corresponde a las expectativas públicas, no se atribuye a la persona.[37] La persona no se muestra a sí misma cuando actúa conforme al rol, de manera obvia pues. Por el contrario, se hace visible personalmente en la medida en que modula concretamente su rol, en sus iniciativas y, sobre todo, en el comportamiento desviado que decepciona y molesta a otros.[38] Por estas razones, un estatus más elevado ofrece, por ejemplo, mayores oportunidades de desarrollo de la personalidad (por eso se busca o se teme), dado que ofrece mayor ocasión para estilizar individualmente los roles y para un comportamiento rico en iniciativas o desviante.[39]

La presentación de sí mismo presupone libertad ante la coacción manifiesta y libertad ante expectativas sociales rígida-

[37] Véase sobre todo Edward E. Jones/John W. Thibaut, Interaction Goals as Bases of Inference in Interpersonal Perception, en: Renato Tagiuri/Luigi Petrullo (eds.), Person Perception and Interpersonal Behavior, Stanford Cal. 1958, pp. 151-178, y Edward E. Jones/Keith E. Davis/Kenneth J. Gergen, Role Playing Variation and their Informational Value for Person Perception, The Journal of Abnormal and Social Psychology 63 (1961), pp. 302-310. Véase también, para el problema de la despersonalización a través de la orientación por roles, Helen M. Lynd, On Shame and the Search for Identity, Londres 1958, p. 186ss. Y pudieran traerse aquí los pensamientos de Gehlen de una "descarga" del ser humano mediante la formación de instituciones (cfr., Arnold Gehlen, Urmensch und Spätkultur, Bonn 1956). Las instituciones descargan no sólo de difíciles decisiones de comportamiento en el caso particular, sino que, al mismo tiempo, con ello también de la responsabilidad de la presentación de sí mismo en el actuar preformado.

[38] Para las razones de atribución personal de la acción como 'premeditada', 'intencional', 'alevosa', 'voluntaria' véase Fritz Heider, Social Perception and Phenomenal Causality, Psychological Review 51 (1944) pp. 358 – 374. Compárese, también de él, The Psychology of Interpersonal Relations, Nueva York-Londres 1958, sobre todo pp. 79ss. Véase más lejanamente Anselm Strauss, Mirrors and Masks: The Search for Identity, Glencoe Ill. 1959, pp. 45ss., sobre la necesidad de aportar 'motivos' personales para el actuar problemático y para nada obvio.

[39] Con esto puede explicarse que el estatus más alto del que actúa influye en la percepción de sus acciones en dirección a una atribución personal. Compárese John W. Thibaut/Henry W. Riecken, Some Determinants and Consequences of the Perception of Social Causality, Journal of Personality 24 (1955), pp. 113-133.

mente delineadas,[40] pero no exime de la determinación latente. El descubrimiento —realizado por las nuevas ciencias sociales y por la psicología— de una multiplicidad de motivos de comportamiento socialmente latentes o enteramente inconscientes, hace inevitable reinterpretar, en el sentido aquí utilizado, el concepto de libertad y de llevarlo del plano de la causalidad pura al plano de la comunicación social. Libertad ya no puede significar, actualmente, libertad ante toda causa de la acción que pueda descubrirse científicamente, porque entonces no habría libertad alguna, sino únicamente: libertad con respecto a causas exteriores socialmente manifiestas,[41] ya que sólo éstas son las que delimitan la atribución personal de la acción y obstaculizan, con ello, la presentación de sí misma de la persona y la constitución social de la personalidad individual.

Sin embargo, las presentaciones de sí mismo no están amenazadas sólo desde afuera. Son difíciles en sí mismas y están siempre cercanas al fracaso. El peligro interno se basa en que sobre un sistema de acción, especialmente sobre un ser humano, siempre hay más información disponible que la que puede acoger, integrar e idealizar la presentación del sistema. Por eso, la presentación de sí mismo es siempre un rendimiento selectivo consciente o inconsciente y, en consecuencia, está permanentemente amenazada por informaciones inconsistentes y, por ello, embarazosas.[42] Con cada

[40] En esto reside que la membrecía en organizaciones grandes pone especiales dificultades a la presentación de sí mismo —idea que la mayoría de las veces se expresa con el concepto de "alienación". Véase Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlín 1964, pp. 390ss.

[41] Debe advertirse que este límite, entre causas manifiestas y latentes, de ninguna manera queda fijo de una vez por todas, sino que es culturalmente variable. La tendencia de las ciencias modernas a descubrir cada vez más campos de latencia y a publicarlos y popularizarlos lleva, por su parte, a un cambio de la concepción de libertad, porque la decisión a la cual se atribuyen personalmente aspectos de la acción, será extraída con ello del contexto social inmediato de roles y se tornará científicamente comprobable. Este cambio se puede leer, con la mayor claridad, en la tendencia a psiquiatrizar el difícil procedimiento penal.

[42] Para esto se encuentran explicaciones muy ricas en ideas y materiales, en casi todas las publicaciones de Erving Goffman. Véase sobre todo: On Face Work, Psychiatry 18 (1955), pp. 213-231; Embarrassment and Social Organization, The American Journal of Sociology 62 (1956), pp. 264-271; The Presentation of Self in Everyday Life, 2ª ed. Garden City N. Y. 1959; Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity, Englewood Cliffs N. J. 1963 y Behavior in Public Places: Notes on the Social Organization of Gatherings, Nueva York-Londres 1963. También en el lenguaje erudito de la filosofía de Karl Jaspers aparece el

comunicación el ser humano pone en riesgo su dignidad. Debe contenerse en la presencia de otros. No puede ejecutar cualquier movimiento corporal ni ceder a cualquier necesidad. Debe sopesar sus palabras y no revelar mucho de sí mismo. Y debe evitar que se examine lo que debe permanecer oculto.

Las autopresentaciones por regla general —especialmente en los órdenes sociales civilizados— son construcciones muy artificiales: dependen de tantos presupuestos para su integridad y capacidad de impresionar, que son extremadamente sensibles a los deslices de la expresión o a las indiscreciones. Por eso no pueden erigirse ni conservarse sin la cooperación social disciplinada. A esto sirve, sobre todo, la institucionalización de ciertas limitaciones de la percepción y de la comunicación, las cuales protegen la esfera íntima (aquel complejo de informaciones que no puede hacerse públicamente accesible, sin desacreditar la presentación pública de sí mismo) y, no por último, el mandamiento de comportarse con tacto. No se interponen preguntas embarazosas, no se entra sin ser llamado a los espacios 'privados' donde se prepara o renueva la presentación o donde se hace lo impresentable. La presentación del otro se toma, en la medida de lo posible, como completamente real y se desoyen intencionalmente los tonos disonantes. Tales convenciones pueden adquirir una confiabilidad tan alta, que pueden utilizarse como fundamento para construcciones más atrevidas de la autopresentación. Esto es válido, sobre todo, cuando la vergüenza del otro se incorpora como pena propia y por eso —aun sin haber prohibiciones institucionales— no se le ofende.[43]

---

pensamiento de que el ser humano pone en juego, por razones más o menos existenciales, su dignidad en la comunicación. Véase Karl Jaspers, Philosophie, 2ª ed. Berlín-Göttingen-Heidelberg 1948, pp. 361ss.

[43] Véanse las explicaciones de Norbert Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, Basel 1939, Vol. II, pp. 397ss., sobre el avance de los umbrales de la vergüenza y del escrúpulo, en el curso del proceso de civilización. Este desarrollo muestra que las presentaciones se hacen más personales e individuales y que las reacciones a ellas también se hacen más personales — y que de allí resulta un interés general por asegurar la continuidad ininterrumpida de las presentaciones mutuamente interdependientes. Porque cuando alguien pierde su dignidad, repentinamente vacila en el vacío la dignidad de su compañero (*partner*). Son puestos igualmente en peligro en sus presentaciones-de-sí-mismo, siendo al menos expuestos a la pregunta de cómo pudieron tratar con alguien así. La entrada de lo embarazoso en la conciencia es,

Todavía más que la "libertad", la "dignidad" es concepto-de-aspiración que —sin mencionar el problema, dado que hacerlo ya sería un error de presentación— designa la presentación lograda de sí mismo. La dignidad de los seres humanos en ningún caso es un don de la naturaleza, como posiblemente lo sean ciertos dispositivos de la inteligencia. Tampoco es simplemente un "valor" que el ser humano "tenga" en razón de cierto patrimonio de la naturaleza o que 'cargue en sí mismo'.[44] Esta descripción tradicional de la dignidad como característica esencial del ser humano corresponde, en todo caso, a una exigencia de la presentación: todas las idealizaciones deben reprimir el aspecto de aprendizaje y construcción, porque su presentación simultánea daría pie a la duda. Por eso la dignidad vale como propiedad del ser humano —aunque en verdad lo propiamente universal es únicamente el problema y no el resultado.

La dignidad debe constituirse. Es el resultado de logros de presentación difíciles, en parte conscientes, en parte inconscientes [45] referidos a intereses sistémicos generales de la personalidad. Y, en

además, indicio de que aumentan las exigencias de dirigir la presentación de sí mismo y que finalmente ya no pueden dejarse totalmente al manejo inconsciente. Algunas veces en la literatura jurídica se intenta deducir, a partir de este fenómeno de lo embarazoso (de la vergüenza por otro), la consecuencia de que el derecho a la dignidad del ser humano no tiene un objeto de referencia individual, sino un objeto de referencia humano-general: y que por eso el particular no puede renunciar efectivamente a su dignidad porque esto no ahorra lo embarazoso a los congéneres. Véase Fritz Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, op. cit., (1951), p. 8. Este argumento debería consecuentemente llevar a que el objeto de referencia de esta protección de la dignidad es el orden-de-la comunicación y no, por ejemplo: un 'valor'.

[44] Así la versión dominante. Cfr., sobre todo, Günter Dürig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, Juristische Rundschau 1952, p. 259- 263, y de él también, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), pp. 117-157, pp. 125ss. La consecuencia de este enfoque es una singular estática y abstracción del concepto de dignidad. Parece tratarse de una cualidad de valor innata, la cual siempre está allí y que sólo (¡!) exige respeto. No obstante, con esto no se llega al fenómeno que se desea desterrar: que el Estado puede conducir al ser humano al autoenvilecimiento, a la degradación de sí mismo. Nada se puede hacer en contra de esto con ideas valóricas inmutables. Sólo un concepto de dignidad dinámico, que cubra totalmente la dignidad como prestación en su inestabilidad, puede preparar el terreno a una técnica jurídica de defensa cercana a la realidad y referida al problema.

[45] El momento de toma de conciencia —tanto de la libertad como de la dignidad— es una variable socio-cultural. Quizás pueda aquí también observarse un avance imperceptible de la conciencia de dignidad: por ejemplo de Hindenburg a Heuss.

la misma medida, el resultado de la cooperación social permanente, la cual sólo puede practicarse de manera asimismo consciente o inconsciente, latente o descubierta, pero nunca en forma de comunicación llana —ya que esto sería un error de presentación. Ella es uno de los bienes más sensibles del hombre, ya que al estar tan fuertemente generalizada cada detalle afecta la totalidad del ser humano. Un solo desliz, una sola indiscreción la puede destruir radicalmente. Es todo lo contrario a algo "intangible". Precisamente porque siempre está expuesta, es una de las materias de protección más importantes de nuestra Constitución. El que necesite una gran cantidad de aseguramiento, lo que en cierta medida puede lograrse y conservarse mediante medios racionales, y que incluso dependa de algunos requisitos culturales como el vestido,[46] debiera ser motivo para pensar sobre ella más bien con consideración que con desidia. La presentación de sí mismo es el proceso mediante el cual cada ser humano se vuelve persona al comunicarse con otros y, con eso, se constituye en su humanidad. Sin éxito en la presentación de sí mismo —sin dignidad— no puede utilizar su personalidad. No estando en la situación de autopresentarse de manera suficiente, se disocia como *partner* de la comunicación, y su falta de entendimiento de las exigencias del sistema lo lleva al manicomio.[47]

La reacción natural a la pérdida de la propia dignidad es, por consiguiente, que el afectado retira su personalidad de la circulación. Limita su actividad comunicativa sobre todo a compañeros que se encuentren en igualdad de circunstancias, y se esfuerza por restablecer su dignidad en círculos pequeños y de acuerdo a condiciones de presentación especiales. Renuncia a la libertad de elegir los contactos y, por así decirlo, recorta su libertad a la medida de su dignidad. Se recupera en la familia. Frecuentemente las circuns-

[46] Recuérdese el Sartor Resartus de Thomas Carlyle, donde el vestido se tratará —como nosotros podríamos decir, apoyándonos en una formulación de Kenneth Burke citada más adelante (cap. 6 nota 5)— en calidad de "substituto técnico de Dios" ("technical substitute for god"). Si allí se pudiera ver la formulación de una pregunta, ella tendría rango filosófico —cosa que con la determinación de la dignidad mediante el concepto de valor casi no se puede repetir.

[47] Precisamente allí donde no se pueden cumplir, por eso ha practicado Erving Goffman estudios esenciales sobre las altas exigencias normales de la presentación de sí mismo. Véase en especial, Asylums, Nueva York 1961.

tancias de la pérdida de dignidad le abren, también, paso a círculos excéntricos del submundo —círculos que se encuentran en situación de conceder una nueva dignidad a existencias rotas,[48] mediante la institucionalización de fronteras de contacto y mediante un estilo muy singular de conducta, manifiesto tanto en el lenguaje como en la gesticulación. Estos asilos de dignidad son casos extremos de la regla general de que cada cual busca sus contactos según las posibilidades de su propia presentación.

El orden social —especialmente el orden social diferenciado requerido de individuos móviles— está, no obstante, interesado en conservar a las personalidades intactas y con capacidad de establecer contactos no sólo para que como transeúntes aparezcan impersonalmente en público, sino para que establezcan contextos sociales —contextos en los que la personalidad individual es factor de orientación para otros. Desacredita, por lo tanto, aquellas evasiones a la presentación de sí mismos que vuelven más o menos ineptos para la interacción y que compensan las pérdidas de dignidad con renuncias a la libertad. Consigue este objetivo, primordialmente, al institucionalizar la libertad y la dignidad como valores en el sentido de una ilimitada capacidad de contacto de la personalidad: el ser humano debe poder dejarse ver ante cualquiera.

Luego de estas explicaciones tal vez se reconozca con mayor claridad por qué la dignidad y la libertad del ser humano se condicionan mutuamente. No se trata de cualidades naturales innatas del ser humano, ni tampoco de valores que las impliquen[49] (a no ser en una consideración muy superficial), sino de las precondiciones internas y externas de la presentación de sí mismo en calidad de personalidad individual, en el proceso de la comunicación. La libertad no tendría sentido si sólo condujera a presentaciones de sí mismo inconsistentes o a presentaciones de sí mismo con las cuales el ser humano no se

[48] Que en tales círculos la perdida libertad en la sociedad se forme (en calidad de momento estilístico) como libertad de la sociedad, es señal suficiente y expresa con claridad la función complementaria de estas 'subculturas'. La bohemia, por ejemplo, es una variante de la cultura burguesa, no en el sentido de una revuelta —esa es su propia presentación— sino en el sentido de un asilo de la presentación de sí mismo, esa es su función.
[49] Así la versión dominante. Compárese, por ejemplo, Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, München-Berlín de 1958, art. 2, notas marginales lss.

dejara ver por ningún lado. La dignidad no encontraría material de presentación alguno si no hubiera acciones o aspectos de la acción libres.[50] Sobre este contexto se apoya, entonces, también la conocida posibilidad de eludir las exigencias desmedidas de dirigir individualmente la dignidad mediante formas preestablecidas (y, en esa medida, no libres) ya sea escondiéndose en la pose societal o, de manera creciente hoy día, refugiándose en el rol funcional.

En libertad y con dignidad, el ser humano puede desarrollar una actitud generalizada ante sí mismo y tomarla como base de su conducta comunicativa en las situaciones sociales más diversas. En la medida en que esto cuaja, él puede asumir roles bastante heterogéneos, con tal que garanticen espacio suficiente para la presentación de sí mismo. Mediante más respetabilidad y más disciplina de expresión y familiarizándose a un estilo de conducta que armonice consigo mismo y con su historia de presentación, el ser humano puede incluso satisfacer exigencias sociales muy contradictorias: en algún momento, por ejemplo, puede comportarse de manera totalmente impersonal y objetiva; en otro, amoroso y tierno; en otro, ingenioso y sarcástico. Con esto, cada vez presenta su propio carácter de tal forma, que las diferencias entre las acciones se atribuyen a las circunstancias; y la homogeneidad interna, a él. Así, en los órdenes sociales diferenciados —que ya no pueden institucionalizar combinaciones personales de roles—[51] es todavía posible orientarse por relaciones mediadas por personas (y no sólo por relaciones materiales y de prestación) e introducir, de esa manera, en las estructuras objetivas vínculos transversales, que sirven como ayuda de orientación y cumplen funciones de coordinación muy importantes. La mejor prueba de ello es que precisamente, en las grandes burocracias, se conserva un alto interés —si bien afectivamente neutral— por las personas.

[50] Lo mencionamos de nuevo: hemos definido la libertad como aspecto simbólico del actuar. De allí, para la problemática de la dignidad, se sigue que puede haber renuncias a la libertad que son totalmente compatibles con la dignidad: por ejemplo, los votos en las órdenes religiosas. Para la dignidad lo esencial, entonces, es que la realización de estas renuncias no pueda ser obligada —como sería en el caso de la esclavitud. La renuncia debe ser presentable como siendo continuamente libre.

[51] Véase más adelante p. 180.

Hemos visto que las autopresentaciones individuales (artificialmente-consistentes) sólo son posibles donde el Estado garantiza la paz y, por otro lado, que la diferenciación funcionalmente-específica de un aparato estatal capaz de garantizar la paz exige lealtades diferenciadas. Con ello la sociedad enfrenta un problema, el cual a la postre sólo puede resolverse en la síntesis individual del comportamiento. *Estado y personalidad individual designan diversas direcciones de la generalización de comunicaciones, diversas construcciones sistémicas que —aunque se presuponen mutuamente— no pueden producirse y garantizarse en su totalidad*. Obtendremos la misma imagen en los dos siguientes capítulos, cuando pongamos a prueba la relación del sistema político con los procesos de comunicación de la construcción de expectativas y de la satisfacción de necesidades. Esta comprensión no es otra cosa que el reconocimiento del principio estructural de la diferenciación funcionalmente específica, de la formación de subsistemas diferenciados por funciones en la sociedad. Si nuestro punto de partida teórico es acertado, esto deberá irse mostrando como comprobación permanente.

Precisamente a partir de ahí surge la función de los derechos fundamentales: no se refiere al establecimiento de la diferenciación en estructuras de comunicación relativamente autónomas,[52] *sino al mantenimiento de la diferenciación constituyente del orden total frente a las amenazas que emergen de las separaciones de los sistemas y de las dependencias recíprocas vinculadas a ellas*.

Los derechos fundamentales no garantizan ni la libertad ni la dignidad. Esto no está en manos del poder del Estado. Más bien el Estado debe presuponer que el ser humano posee suficiente entendimiento y experiencia para manejar su personalidad correctamente. En esta medida tiene sentido considerar la dignidad y la libertad como patrimonios-de-derecho preestatales. El sentido dogmático jurídico (o de las ciencias filosófico humanistas) que caracteriza los derechos fundamentales como preestatales, humano-universales,

[52] La opinión contraria: que el Estado crea, a través de los derechos fundamentales, ámbitos autónomos de vida, se sostiene frecuentemente en Alemania. Compárese, por ejemplo, Erich Kaufmann, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, en: Hermann Wandersleb (ed.), Recht - Staat - Wirtschaft, vol. 4, Düsseldorf 1953, pp. 77-87 (79s.). Retorna, en último término, a la concepción de Hegel de la relación entre Estado y sociedad.

iusnaturales y no disponibles, siempre será y permanecerá oscuro y controvertido. La función de este simbolismo es precisa. Interpreta e ilustra los problemas que indefectiblemente se siguen del principio estructural de nuestro orden social y, sobre todo, el hecho de que la diferenciación estructural del orden social es condición de posibilidad del Estado y no al revés, que el Estado sea instancia de decisión para elegir el principio estructural.

Visto desde la perspectiva sociológica, en este simbolismo de los derechos fundamentales se refleja el proceso de diferenciación y especificación funcional del Estado como un sistema-de-acción singular en la sociedad. La diferenciación societal tiende a pervertir sus propias bases. Su desarrollo produce consecuencias problemáticas y crecientemente requiere aseguramientos artificiales. El establecimiento de un sistema-de-acción relativamente autónomo para la forja de decisiones vinculantes puede poner en peligro las oportunidades de autopresentación personal, sobre todo en sus condiciones externas —ya que en eso de aceptar las decisiones vinculantes no se es libre e incluso uno está visiblemente supeditado. Esto no cambia, en lo más mínimo, ni aun con la recompensa de la disposición a aceptar cuando se participa en el proceso político preparando las decisiones. Porque —como veremos más adelante—[53] la participación política, al menos en su forma oficial (las elecciones) ofrece pocas oportunidades a la presentación de sí mismo. De aquí que el orden "democrático" —que se alza por todos lados con creciente interdependencia social, intercambiando libertad autónoma por participación o poder independiente por privilegios de comunicación (por ejemplo, status)— necesite ciertas instituciones correctivas "liberales" de acompañamiento — un entendimiento que en la literatura política se discute sobre todo en el foro creado por Rousseau.

Aquí se encuadran los derechos de libertad de la Constitución y su credo normativo en la dignidad del ser humano, adquiriendo así una función significativa.

Lo expuesto anteriormente debe haber dejado en claro que la libertad es más fácil de normar que la dignidad, la cual sólo se

[53] Compárese más adelante p. 148.

menciona una vez en la Constitución (art 1. par.1)* como modelo normativo sin orientación para la acción concreta y sin ningún tipo de coto (por tanto, indeterminado al respecto). Como libertad se ha de demarcar un espacio del propio actuar que debe asegurarse jurídicamente contra las intromisiones. La dignidad, en cambio, se pierde por implicaciones simbólicas de la propia conducta, en una forma que es difícil de registrar e influenciar estatalmente.[54] El derecho constitucional liberal tomó, por eso, muy en serio las condiciones externas de la presentación de sí mismo, la problemática de la libertad, dejando, en cambio, totalmente en manos del individuo los problemas internos de la dignidad. Únicamente el Estado "total" se infiltró insidiosamente en la dirección de la dignidad organizando, por ejemplo, la conducta "voluntaria", la cual es totalmente impersonal y para nada individual: desde los servicios especiales no pagados hasta el reconocimiento de culpabilidad ante los tribunales. La libertad regida por otro es el final de la dignidad, al menos de la dignidad pública del ser humano,[55] ya que lo obliga a presenta-

[54*] "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

El ser humano es el responsable en primera línea de su dignidad. Dado que esta responsabilidad es precisamente la dignidad, la mayoría de los ataques directos no le pueden hacer nada. Es falso, por consiguiente, considerar una violación a la dignidad humana las acciones que expresan menosprecio. Sólo ocurrirá tal cosa, cuando se obligue a quien es tratado con menosprecio a desempeñar los roles correspondientes, los cuales no puedan ser conciliados por éste con una presentación de sí mismo digna de consideración. Naturalmente también son violación a la dignidad todos los ataques a la conducción privada de la presentación de sí mismo: por ejemplo, publicar sin permiso registros privados, resultados de análisis médicos, grabaciones hechas sin consentimiento, etc. La opinión dominante que entiende la dignidad como un valor objetivo, no puede hacer esta distinción. Su casuística —comparese, por ejemplo, la panorámica en Andreas Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland del 23 de mayo 1949, 2ª ed. Neuwied-Berlín 1960, art. l nota B— se ve envuelta en el dilema de minusvalorar la problemática práctica de la dignidad en referencia a un valor esencial profundo o elaborarla en líneas sinuosas para rodear los inevitables detrimentos y perdiendo así toda consistencia dogmática.

[55] Naturalmente no se debe desconocer, que en el "Estado total" la sensibilidad por las presentaciones se adapta a los hechos y es afinada en una dirección —cosa que, por ejemplo, fue completamente incomprensible para los recién llegados de los países occidentales vencedores en el año de 1945. Así en el "Tercer Reich" había numerosas variaciones del saludo a Hitler, algunas de las cuales eran suficientemente indudables: y posibilidades de estilizar de tal forma el comportamiento "voluntario", que se notaba lo involuntario de él—sin que se pudiera pedir explicaciones por ello. Pero ¡de qué sirve esto! Precisamente estas evocaciones

ciones personales que lo llevan a la alternativa de ser inconsistente y disociarse en un sí mismo público y otro privado, o a renunciar totalmente a su mismidad en beneficio de la línea exigida. A esto se añade, con el monopolio de la comunicación gubernamental, el vínculo de la denigración pública, que se da por todos lados y que como tal no toca a la dignidad. Esto hace posible desacreditar a los seres humanos tan efectivamente, que ya no encuentran eco alguno para la presentación de sí mismos. La técnica jurídica de la figura delictiva de la construcción constitucional liberal no estuvo en condiciones de hacer frente a tales denigraciones,[56] y la Constitución de Bonn sólo pudo rechazarlas con repugnancia en la parte de los derechos fundamentales, mientras que las verdaderas seguridades se encuentran en el derecho de la organización.

Pese a todo no existe razón procedente para dudar de la juridicidad de la protección que ofrece la dignidad como derecho fundamental o bien para considerar la dignidad del ser humano como pensamiento rector normativo, pero no como derecho fundamental.[57] Sólo debe, en esto, renunciarse a sobrecargar la determinación

muestran cuán fuertemente cercenados pueden ser los medios de expresión de la dignidad y, con ellos, la propia dignidad, donde no existe libertad alguna.

[56] Esto vale todavía más, cuando se interpreta la dignidad como valor del ser humano. Para las dificultades que de allí resultan de una especificación a la medida de los hechos véase Josef M. Wintrich, Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, Bayerische Verwaltungsblätter 5 (1957), pp. 137-140 (138).

Igualmente poco ayuda a la toma de decisiones la regla de la ética kantiana acogida por la opinión dominante: el ser humano no debe ser utilizado en calidad de medio para un fin colocado fuera de sí mismo. Esta regla es sólo instructiva bajo dos condiciones: cuando se desconoce la universal y siempre relativa aplicabilidad del esquema fin/medio y cuando no se dirige al ser humano empírico sino a su imagen ideal, a quien se puede dictar lo que debe ser su propio fin sin toparse con contradicciones —por ejemplo como soldado que ¡debe defender su patria! Para la crítica a la interpretación kantiana véase Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, Karlsruhe 1956, pp. 10ss.; también Peter Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, Juristenzeitung 19 (1964), pp. 337-344 (339ss.), quien renunciando a una interpretación conceptual fundamentada de manera objetiva, recurre como medida de interpretación a los puntos históricos de peligro contra los que se ha emplazado el precepto sobre la dignidad humana. Convence, sin embargo, sólo en la medida en que no se conoce algo mejor.

[57] Así, sin embargo, una opinión frecuentemente sostenida. Véase, por ejemplo, Fritz Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, op. cit., (1951), p. 4; Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2ª ed. Berlín-Frankfurt (Main) de 1955, Art. l GG nota III 2; Günter Dürig Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), pp. 117-157; Wilhelm Wertenbruch, Grundgesetz

legal con *pathos*, ya que sólo con anatemas no se logra ningún proceso. Aquí —como siempre— la dogmática jurídica debe enlazarse a problemas metajurídicos faltos de regulación, y esta problemática no la encuentra en la naturaleza substancial de los valores fundamentales, sino en la vida social.[58] El problema de la dignidad, sin embargo, es la dificultad de una presentación de sí consistente y convincente, y la responsabilidad propia del ser humano para solucionar esta tarea. El propio ser humano debe poder decidir acerca de presentaciones atribuibles a él mismo, porque sólo él puede determinar lo que él es.[59]

---

und Menschenwürde, Köln-Berlín 1958, pp. 29ss. En contra, con razón, Konrad Löwe, Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage? Die öffentliche Verwaltung 11 (1958), pp. 516-520. Cuando Dürig - Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), pp. 117-157, p. 119, opina que con esa interpretación se pierde la base específica de reivindicación, pero se gana una "base para todo un sistema de valores", yo —desde la perspectiva de la práctica jurídica— juzgaría este cambio como rotundamente desventajoso. No queda claro cómo es que un sistema de valores, especialmente uno "sin huecos" (p. 122), necesite una base. Es difícil entender en qué sentido los valores puedan en absoluto conformar un "sistema" —a no ser en el sentido de una jerarquía de reglas de preferencia para decisiones de conflicto. Se sabe que los conceptos valóricos provocan dificultades extremas en las conclusiones lógicas (al menos en las lógicas que hoy se conocen). Más bien se podría partir del dictamen opuesto: del supuesto de una agrupación de valores completamente relajada y deductivamente inutilizable, desprender que un fraseo unitario de la retórica de los derechos fundamentales puede tener una cierta dogmática y valor forense, a partir del pensamiento sobre la dignidad. Véanse las disquisiciones críticas de Peter Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, Juristenzeitung 19 (1964), pp. 337-344 (339ss.).

[58] Por lo demás, en la exaltación del valor de la dignidad, no es raro que se llegue a una notable minusvaloración de las capacidades humanas, por ejemplo cuando Max Schreiter, Gehorsam für automatische Farbzeichen, Die öffentliche Verwaltung 9 (1956), pp. 692-694, cree que el ser humano no está en condiciones de detenerse ante las luces de los semáforos de tránsito, sin perder su dignidad. Contra tales tesis debería protestarse en nombre del ser humano y no en la perspectiva de una ponderación indicada de los bienes, como lo hace Hans Peter Bull, Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung, Köln 1964, p. 93ss., con lo cual implícitamente afirma la violación de la 'inviolable' dignidad humana.

[59] Así en las democracias libres es, con toda razón, ejemplo embarazoso, en el procedimiento penal, la amenaza a la dignidad relacionada con las técnicas de arrancar la confesión y detectar mentiras mediante el control de funciones orgánicas. El art. 1 ap. l GG prohíbe obtener comunicaciones que el inculpado no pueda incluir en su propia presentación de sí mismo (Cfr., la decisión del Tribunal federal del 16. 2. 1954, BGHSt 5, p. 332ss., y § 136a StPO.). Se le debe dejar la posibilidad de hacer coincidir por sí mismo su propia proyección con los hechos comprobables. También es inadmisible un consentimiento del inculpado a que se empleen dichos medios, no porque no pueda él mismo disponer sobre su propia dignidad, sino porque de la negación a dar consentimiento se podrían sacar conclusiones.

En esto la Constitución le garantiza protección frente al Estado.[60]

Es notable, en este contexto, el intento de Scholler[61] por albergar en la libertad de conciencia (art. 4. ap. 1 GG)* la problemática aquí tratada de protección de la esfera secreta de la intimidad.

Para nuestra teoría, este es un ejemplo representativo de aplicación, mientras que la opinión dominante no puede hacer tan claramente comprensible, por qué precisamente con eso se afecta la dignidad del delincuente de manera tan particular. Para el complejo total y para otros problemas de dignidad del procedimiento penal véase Hubert Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied-Berlín 1963. Otro ejemplo, la observación mediante cámaras de video de los lugares de trabajo es tenida, con razón, por problemática —por Hans Peter Bull, Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung, Köln 1964, p. 137, contra Dieter Gaul, Rechtsprobleme der Rationalisierung mit ihren Lohn- und Personalfragen, Heidelberg 1961, pp. 211ss.—, porque le quita al ser humano la posibilidad de presentarse limitadamente a la observación, poniéndolo más bien en la tensión permanente de una coacción ininterrumpida a presentarse. Para el interesante caso límite de pruebas psicológicas de aptitud para otorgar el permiso de conducir camiones de carga, compárese la decisión del Tribunal federal administrativo del 20. 12. 1963, Neue Juristische Wochenschrift 17 (1964), pp. 607s. Deutsches Verwaltungsblatt 79 (1964), pp. 938ss. Además R. Hörstel, Wird die Würde des Menschen durch psychologische Untersuchungen im Auftrage der Verwaltung angetastet? Deutsches Verwaltungsblatt 79 (1964), pp. 1009-1014. Siguiendo nuestra teoría acerca del problema de la dignidad, hay que centrarse en si el test afecta a capacidades específicas o a la personalidad entera y si éste puede ser aislado, desde el punto de vista simbólico-comunicativo.

[60] Y a decir verdad, sólo frente el Estado. Es inimaginable que la dignidad de todo ser humano obligue a todo ser humano —a no ser apoyándose en un concepto de dignidad excesivo y distanciado de toda prueba empírica. ¿Cómo y por qué se me ha de impedir a mí —en calidad de persona privada— que con mano afable lleve a alguien, que se pavonea de su dignidad, a hielo resbaladizo? Sólo puede sostenerse esta tesis —y desgraciadamente la opinión dominante lo hace—, cuando uno renuncia a un concepto de dignidad empíricamente preciso y, al mismo tiempo, uno se limita a proclamar el respeto por los valores. Sin embargo, poco se ayuda con esto a la dignidad contra impugnaciones de la insidia privada, y la mucho más importante protección frente al Estado se hace insegura al desperfilarse. Por lo demás, no tendría sentido encomendar al Estado no sólo el respeto de la dignidad humana, sino también su protección, cuando cada cual estaría, de todos modos, obligado jurídicamente a respetarla. Más bien el Estado —en dado caso imponiendo el derecho— ha instituido las obligaciones concretas de los ciudadanos entre sí para que, por separado y en el marco de sus posibilidades, velen porque en el trato social la dignidad humana no decaiga. A esto ayuda, por ejemplo, el derecho a la personalidad del derecho civil, que también ofrece una cierta protección contra formas crasas de indiscreción —sin aprehender, con ello, la problemática de facto de la dignidad, en toda su extensión. Compárese para esto Heinrich Hubmann, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, Juristenzeitung 12 (1957), pp. 521-528.

[61] Heinrich J. Scholler, Die Freiheit des Gewissens, Berlín 1958.

* "La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables".

Es evidente que dignidad y conciencia son hechos íntimamente ligados. Por conciencia, sin embargo, no ha de entenderse la esfera del secreto como tal.[62] El puro hecho de conservar el secreto no es por sí mismo algo digno de protegerse —a no ser en el sentido de la mística, en donde el secreto se concibe como símbolo de la inefabilidad de algo diferente. La conciencia acompaña al hecho social comunicativo. Se invoca en la conciencia que el ser humano, con determinadas formas críticas de conducta, dice algo acerca de lo que él es, y que, en el transcurso de la vida, vuelve realidad las expectativas creadas sobre él mismo —y que eso es lo que a la postre identifica irrevocablemente a la propia persona. La conciencia trae a decisión al propio ser. Por eso habla sólo en vista de la muerte. Debe considerarla como alternativa a un actuar que no puede querer como propio. Las rentas de los concubinatos, por ejemplo, nunca son cuestión de conciencia.

No es incomprensible, sin embargo, que en estos ámbitos y otros igualmente lejanos se busquen problemas de conciencia. Se han vuelto raras las situaciones verdaderas de conciencia en las que el ser humano debe considerar seriamente como alternativa la propia muerte. Realmente la conciencia es necesaria sólo como argumento en negociaciones de repartición. El arsenal de alternativas-de-acción es tan grande, que casi siempre se encuentran salidas defendibles. Y la enemiga más acérrima de la conciencia —la libertad de conciencia— impide, en lo posible, que el ser humano llegue a situaciones en las cuales deba tomar una decisión de conciencia.[63] Normalmente

[62] Ni siquiera el propio Scholler puede ser fiel a su concepto. Lo llena en secreto de mística y fervor, de tal suerte que lo secreto obtiene una nota acogedora. Así puede él rechazar la falta de conciencia (por ejemplo, p. 195), sin pensar que con eso sólo entiende la publicidad de la vida interna. De la libertad de conciencia, deduce la libertad de reunión (p. 209) —y a todas luces allí no está pensando sólo en discretas reuniones entre cuáqueros. Y la concepción de la ley de la costumbre como "deber de esforzar la conciencia" (p. 203), seguramente no ha de reducir la ley de la costumbre a medidas de protección del secreto. En suma, esta igualación de la conciencia con la esfera-secreta se estrella fuertemente contra el hecho de que la Constitución exige revelar, precisamente, su decisión de conciencia a los que se niegan a prestar su servicio militar en la guerra.

[63] Se debe ahorrar (no incentivar), a esta interpretación del derecho fundamental de la libertad de conciencia, las decisiones de conciencia, porque éstas llevan a incalculables interrupciones en las relaciones de roles. Véase mi ensayo que está por aparecer en el Archiv des öffentlichen Rechts: Die Gewissensfreiheit und das Gewissen.

al ser humano se le descarga de la necesidad de conciencia mediante la estructura de la sociedad diferenciada —ya que la muerte no desempeña ninguna función. Así, bajo las condiciones de un orden social que conoce los derechos fundamentales, la conciencia puede disolverse en la problemática más amplia que abarca todos los detalles del juego social de roles, de la dignidad del ser humano — su muerte puede ignorarse transitoriamente.

Nuestra interpretación del concepto de dignidad y sus problemas de referencia consigue lo que la teoría dominante del valor no ha logrado: *hacer posible una clara delimitación entre los conceptos de dignidad y de libertad y, con ella, del art. 1 ap.1 y 2 ap. 1 GG —delimitación que, al mismo tiempo, hace entendible la singular interdependencia de ese estar ambas mutuamente referidas. La dignidad se refiere a las condiciones y problemas internos, la libertad a las condiciones y problemas externos de la autopresentación de sí mismo como personalidad individual.* Las amenazas de la presentación de sí mismo y las direcciones de sus necesidades de ayuda y protección se distinguen claramente, dado que todos los sistemas-de-acción, incluyendo el de la personalidad humana, se constituyen mediante una diferencia interior/exterior. Sin embargo, el bien jurídico que se resguarda en ambos casos es el mismo: la personalidad que se va constituyendo individualmente en la presentación de sí misma.

Mientras que, en el tratamiento del fenómeno de la dignidad, la mirada a conocimientos sociológicos y socio-psicológicos nos ha apartado considerablemente de los supuestos fundamentales de la interpretación constitucional dominante, esto es menos de temer en los derechos de libertad. Aunque aquí también se debería decir que la libertad no queda suficientemente caracterizada como "valor", ya que todo valor presupone libertad, libertad de elegir.[64] No obstante, prescindiendo de esta pregunta por el fundamento

[64] No se discute que la libertad pueda ser proclamada y hecha válida como valor, para orientar las decisiones a provocar o facilitar la libertad. Pero estas decisiones ya deben ser libres, cuando se discuta la cuestión de la validez del valor de la libertad. El concepto de valor obstruye el acceso a una concepción de libertad mucho más primordial y profunda, porque la implica, pero no la desarrolla. De la misma manera la dogmática suprime su propio contacto con las ciencias sociales, cuando trata a los valores como concepto fundamental último y penaliza con un tabú, como profanación de lo más alto, la pregunta por la función de los valores.

conceptual último, la doctrina jurídico-estatal de los derechos de libertad y su formulación jurídico-positiva en la Constitución, nos ofrece una excelente ilustración del problema sociológico y sus posibilidades de solución.

El sentido de los derechos de libertad —que la Constitución (art. 2 ap. 1)*, con feliz maniobra, concentra en un punto neurálgico y redescribe como derecho al libre desarrollo de la personalidad— es sobre todo la garantía de un campo-de-juego-de-acción, cuyo empleo es atribuible al ser humano como persona. A él se le ha dado, con esto, la posibilidad de concebirse a sí mismo no sólo como serie-provocada-de-acciones sino como personalidad idéntica, y de constituirse socialmente en las implicaciones simbólicas de su actuar. Libertad es libertad-de-acción, pero no otorgada por la arbitrariedad de la ejecución física de la acción o por sus efectos físicos, sino como fundamento de atribución para el sentido comunicativamente aprehensible del actuar.

También aquí pueden obtenerse, a partir de las consideraciones psicológicas y sociológicas previas, enfoques para precisar los planteamientos dogmáticos. Cuando se logra vincular el concepto de personalidad del art. 2 ap. 1 GG a un estado de cosas científicamente real, ya no es necesario seguir entendiendo la mencionada determinación como garantía de la libertad general de acción, esto es, vaciarla de la repetición patética del principio de legalidad de la administración y de la constitucionalidad de la legislación[65] —lo cual sustrae todo significado característico otorgado por la Constitución al concepto de personalidad y tiene, además, el efecto indeseado de llevar las quejas constitucionales por la violación de los derechos fundamentales a un control general de la legitimidad de acción del Estado.[66] Por otro lado, pueden también evitarse las indetermina-

* "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

[65] Esta objeción también en Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2ª ed. Berlín-Frankfurt (Main) de 1955, art. 2 GG nota III 6a.

[66] Conocida es la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal desde la decisión del 16.1.1957, BVerfGE 6, pp. 32ss., y en el comentario, por ejemplo, Josef M. Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957, pp. 22ss.; Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, München-Berlín de 1958, art. 2 GG, nota marginal 6ss.

ciones y parcialidades ético-valórales de la así llamada teoría nuclear de la personalidad, principalmente la restricción del concepto de personalidad a una pauta moral de cuño determinado. Una teoría que abulta normativamente el concepto de personalidad, no puede hacer realmente comprensible por qué el derecho de la personalidad requiera limitarse por el derecho de otro, por el orden constitucional y por la ley moral.[67] Entre estos dos polos —que han determinado la discusión dogmática de las últimas décadas— es posible orientarse con la ayuda de una brújula científicamente realista, sin que con esto se viole, de ninguna manera, el carácter de la determinación constitucional como norma. El derecho al libre desarrollo de la personalidad es el derecho del ser humano a una esfera de acción a él atribuible, necesaria para que él pueda presentarse como personalidad, como unidad individual autoconsciente.

Esta necesidad de un simbolismo autorreferido abarca incluso al derecho (aparentemente tan físico o al menos biológico) de la libertad de movimiento del propio cuerpo. No por casualidad se le denomina "libertad de la persona" (art. 2 ap. 2 GG),* puesto que es el derecho basal de la presentación de sí mismo —la cual se realiza, primordialmente, mediante la disposición sobre la residencia, el comportamiento y la expresión del propio cuerpo.[68] Se incluyen la libertad de culto y opinión, las libertades de entablar contactos, de adquirir y poseer propiedad y de participar políticamente. Todas ellas tienen la función de garantizar las oportunidades de expresión de la personalidad. Protegen los componentes simbólico-expresivos del actuar libre y, en esa medida, están referidos al derecho general del libre desarrollo de la personalidad. Los derechos especiales de

[67] Cfr., Hans Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, en homenaje a Rudolf Laun, Hamburgo 1953, pp. 669-678, y de él también, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Köln-Opladen 1963; Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat: Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlín 1957, pp. 30ss.

* "Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley".

[68] Véase para esto la anotación digna de pensarse de Talcott Parsons, "On the Concept of Influence", Public Opinion Quarterly 27 (1963), pp. 37-62, (p. 47), según la cual el sentido de la pena de prisión consiste fundamentalmente en reducir y controlar las posibilidades de comunicación.

libertad son con ello —vistos desde la perspectiva de la cláusula general de libertad del art. 2 ap.1 GG— oportunidades de la comunicación intencionada (o no intencionada) de la esencia individual de la propia personalidad y, con ello, oportunidades para que el propio autoconcepto logre reconocimiento y confirmación sociales.

Pero son todavía mucho más que eso. Su especialización en derechos fundamentales particulares refleja, además, la diferenciación social en múltiples esferas relativamente autónomas de la construcción societal del sentido. No tienen tan sólo la función mencionada para la presentación de sí misma de la personalidad —el derecho básico para esto es la disposición sobre el propio cuerpo—, sino que se introducen en las otras esferas distintivas de la sociedad, a saber: la formación de opinión (cultura, instituciones), la formación de capital (economía) y la formación de poder (Estado) —cuyo tratamiento hemos postergado para los siguientes capítulos. Cada una de estas esferas establece exigencias propias a la generalización de la comunicación, las cuales se distinguen esencialmente —y a veces enormemente— de aquellas de la presentación personal de sí mismo y que, en nuestro orden constitucional a pesar de todo, están a la vez aseguradas con la institución de los derechos de libertad. La relación de los derechos de libertad con el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad —y con ello con la problemática de la presentación de sí mismo— es así únicamente una entre muchas referencias igual de importantes de los subsistemas en el orden total de la sociedad.

Este empleo multifuncional de la institución de los derechos fundamentales en un orden social diferenciado y, por eso mismo, complejo y contradictorio regido por las necesidades de los subsistemas, es uno de los rasgos característicos más significativos de nuestra constitución política y con ello de nuestro sistema societal. Sería un error si todos los derechos de libertad se subsumieran bajo el derecho de personalidad del art. 2 ap. 1 GG, o bajo el valor de dignidad del art. 1 ap. 1 GG y se sistematizaran dogmáticamente desde allí. Con eso se pasaría por alto todo lo que hoy sabemos sobre el ser humano. Ningún análisis imparcial de la personalidad del ser humano, de su estructura, sus problemas y necesidades, su experiencia y su potencial de procesar vivencias nos conduciría a deducir un catálogo —con sus divisiones y acentos— de los derechos fundamentales.

La suposición de que dicho catálogo, como "sistema" de valores, se sigue de la esencia del ser humano, es simplemente ilusoria. Si se toma como base esta suposición, entonces la protección de la libertad —sin ver otras posibilidades— se interpreta solamente desde supuestos intereses de la personalidad individual. Entonces se tendrían que interpretar los intereses de toda la sociedad o de su sistema político como intereses antagónicos, que se han impuesto jurídicamente como limitaciones al derecho fundamental contra la presunta libertad del individuo —siempre con el peligro de que el individuo desarrolle su personalidad y lleve los intereses públicos a las cada vez más estrechas mallas del derecho constitucional.

La concepción actualmente dominante en la jurisprudencia dogmática sigue este camino equivocado —y puede concedérsele un cierto derecho si se tiene en cuenta el mundo conceptual del legislador constitucional. Interpreta el derecho fundamental de la personalidad del art. 2 ap. 1 GG como cláusula general, como credo fundamental para la libertad —el cual luego se concretiza en los derechos de libertad particulares y se acuña de manera jurídicamente manejable.[69] Desde un principio se piensa aquí dogmáticamente en relaciones conceptuales y no sociológicamente en referencias de sistemas de acción, por eso tampoco se tiene la posibilidad de reorientar los análisis sociológicos hacia una dogmática jurídica (que nunca podrá por sí misma trabajar sociológicamente) referida a la realidad. Declara ciertamente adherirse del todo al pensamiento de que la libertad del individuo también sirve a la sociedad total, aunque para este pensamiento sólo dispone propiamente del antiguo modelo del contrato estatal o del automatismo encuadrado desde siempre en el *laissez-faire*. Esto en todo caso sirve para justificar la institución de los derechos fundamentales (si no es que, como valores, quedan dispensados de toda necesidad de justificación), pero no se utiliza como hilo conductor de su interpretación. La mirada hacia nuevas teorías sociológicas de mayor complejidad se bloquea orientándose hacia dicotomías simples, como las de sociedad y Estado o intereses individuales y restricción socialmente exigida.

[69] Véase, por ejemplo, Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2ª ed. Berlín-Frankfurt (Main) de 1955, art. 2 GG nota III, sobre todo l y 5c.

No abordamos la situación actual de la dogmática de los derechos fundamentales con intención polémica, sino más bien con el propósito de esclarecer la consecuencia interna de esta posición: los derechos de libertad se dirigen a un punto central único, el derecho de personalidad del art. 2 ap. 1 en conexión con el art. 1. ap. 1 GG, porque la dicotomía Estado/sociedad no deja otra elección. Esta orientación obliga, por un lado, a interpretar el punto de referencia del derecho de libertad de la personalidad individual, de manera ambigua, indeterminada y meditabunda, para que se haga más creíble como fuente de todos los derechos de libertad. Con esto, la dogmática pierde contacto con las verdades científicamente controlables, pierde contacto con la teoría de la personalidad tal como se encuentra permanentemente sometida a control y reformulación en la psicología y las ciencias sociales. En vez de eso, la dogmática prefiere los dogmas precientíficos sobre la naturaleza del ser humano. Por otro lado, esta polarización hacia un principio de libertad unitario requiere explicar los problemas inoportunos, apelando a la dicotomía derecho-individual/vínculo-social. La aclaración de esta relación entre derechos de libertad y sus restricciones sólo puede llevarse a cabo con métodos muy elásticos de interpretación de textos o valores, los cuales luego delegan de facto en el juez la entretanto ineludible ponderación de intereses.

La cerradura de este contexto-de-representaciones sólo se hace visible cuando se observa desde fuera y esto lleva —cuando se escoge el punto de partida correcto— de inmediato a su superación. No cualquier sociología puede llenar este requerimiento de orientación. Especialmente la filosofía social y las antiguas teorías sociológicas —que consideraban a la sociedad como conglomerado de fuerzas causalmente operantes y que se estrellaban contra la alteza vigilante del Estado haciendo declaraciones sobre las necesidades y las agrupaciones de intereses de grupo— tendrían poco que aportar a la dogmática constitucional: reforzaban, desde lo metódico, el aislamiento recíproco, ampliando así la distinción Estado/sociedad a la distinción ciencias del Estado/ciencias de la sociedad.[70]

[70] Cfr., Robert von Mohl, Gesellschafts-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 7 (1851), pp. l-71; de él también, Die Geschichte und

La teoría moderna de la estructura de los sistemas societales abre posibilidades enteramente distintas. Deja atrás las dicotomías tradicionales de oikós y polis, tierra y dominio, sociedad civil y gobierno, sociedad y Estado, que antes le daban el marco de referencia a la ciencia política.[71] En lugar de ello coloca, en el centro de sus consideraciones, los problemas que resultan de la ampliación del potencial-societario-de-prestación, como consecuencia de la diferenciación funcional específica. De este modo, esta teoría llega a una comprensión relativamente compleja de los hechos sociales y de las relaciones de sentido, a la que parece acomodarse mejor la relatividad de sistema y problema de los métodos funcionales.

En este capítulo —como balance provisorio— hemos tratado, en primer lugar, una esfera societal caracterizada por el problema de la presentación individual y personal de sí mismo. Los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen la función crucial de proteger esta esfera contra las intromisiones estatales, las cuales podrían paralizar decisivamente el potencial expresivo de comunicación simbólica de la personalidad. Con ello queda asegurado un significativo proceso de generalización de las comunicaciones, la otorgación de sentido por referencia sistémica. No obstante, el sistema de acción personalmente individual no es, de ninguna manera, el único subsistema que merezca protección en una sociedad diferenciada, y la presentación de sí mismo tampoco es la

---

Literatur der Staatswissenschaften, Erlangen 1855, vol. I, p. 67ss., y el contra escrito de Heinrich von Treitschke, Die Gesellschaftswissenschaft, Leipzig 1859. Pronto después esta oposición se volvió tan obvia, gracias a la orientación jurídica de la ciencia del Estado, que ya no fue necesario seguir discutiéndola —aunque desde Georg Jellinek la "doctrina general del Estado" volvió a coquetear nuevamente con datos y procesos sociales no jurídicos.

[71] Que, precisamente en E.U.A., se haya podido desarrollar la concepción del sistema político como subsistema de la sociedad, se debe, no en último término, al ventajoso punto de partida en la dicotomía entre civil society y government. Para su diferencia con la concepción alemana de la oposición entre Estado y sociedad, véase Horst Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, Publicación en homenaje a Rudolf Smend, Tübingen 1962, pp. 23-49. Con todo, se trata de un enfoque completamente nuevo: no parte de reflexiones sobre la naturaleza humana, sino del concepto de acción y de una determinada concepción de sistema; por eso sobrepasa con mucho en grado de abstracción, complejidad y riqueza de exposición de los problemas a todas las teorías anteriores. Tanto más raro resulta que ahora, cuando la concepción anglosajona de "government" ha empezado a abandonarse, en Alemania parezca encontrar eco.

única forma de generalización de la comunicación a la que debamos atender. La diferenciación funcional de la sociedad va acompañada de la diferenciación estructural y presupone, por lo tanto, distintos tipos de formación de subsistemas en una multiplicidad de esferas societales. Para obtener una imagen completa, vamos, por consiguiente, a dedicarnos a estudiar otras esferas y las disposiciones de formación de sistema y generalización de la comunicación allí requeridas.

Capítulo 5
La civilización de las expectativas del comportamiento: libertad de comunicación

Un orden social no puede conformarse con abrir posibilidades de individualización a la presentación de sí mismo. Debe, además, suministrar una medida suficiente de complementariedad de las expectativas de comportamiento.[1] Debe coordinar de tal modo el horizonte de expectativas en relación con la acción propia y la ajena, que las acciones que se avengan entre sí puedan esperarse fiablemente. Cada cual necesita, para llevar adelante sus roles, el compañero correspondiente del rol complementario —compañero que actuando de modo diverso lo hace, al fin y al cabo, con sentido. El problema no es que todos deban hacer lo mismo, sino que todos los que actúan de modo diverso puedan convenir en la expectativa de lo diverso. Esto significa *que la coordinación necesaria no se alcanza en el plano de la acción, sino en el plano de la expectativa diferenciada y generalizada de los contextos de acción*: la concordancia —en razón de la insuperable diversidad tú/yo— no se consigue en la acción, sino sólo en las expectativas de comportamiento.

El que la concordancia de la acción no se alcance igualando acciones sino, más abstractamente, igualando expectativas de comportamiento, abre el campo para que se desarrolle la diferenciación social. Se hace sobre todo posible que se desenvuelvan, *una junto a*

[1] Compárense para este concepto las referencias bibliográficas en el cap. 4 nota 36.

otra, la individualización de la personalidad y la institucionalización de una red intrincada de roles, expectativas y símbolos. Es obvio que el impulso de autopresentación individual y la necesidad de complementariedad de las expectativas de conducta, demanden distintas (e incluso divergentes) exigencias. En sociedades muy simples este potencial de discrepancia permanece latente. Hay muy pocos roles y, debido a la carencia de alternativas, se encuentran fuertemente institucionalizados e interiorizados. Adquieren su unidad observando lo concreto y la acción conocida y no lo relativamente abstracto —como pudiera ser, por ejemplo, la moralidad interna (basada en expectativas) de las posiciones, los fines, las condiciones de membrecía. Y así como es de escasa la necesidad de abstracción, así es también de escasa la necesidad de estilización individual de la propia personalidad —o de la ajena.

Con la incrementada diferenciación societal se perfila cada vez con más fuerza (incluso hasta en la conciencia) la discrepancia latente entre intereses de autopresentación y requisitos de complementariedad. Es cierto que —como antes— sigue siendo válida la ley consolidada de que la presentación de sí mismo sólo puede realizarse en los contactos sociales —sólo, pues, sobre la base de expectativas de comportamiento complementarias. Aunque la multiplicidad de posibilidades requiere ahora, por un lado, más individualidades conscientes y, por otro, lleva a que el consenso social no quede asegurado con cualquier contacto, sino que deba particularmente pretenderse, buscarse y volverse siempre de nuevo a comprobar.

Con el desarrollo del orden societal hacia la diferenciación-funcional-específica (y la racionalización de la vida y las versiones-de-acción que vienen dadas con ello) se abren cada vez más posibilidades de elección. Para el orden total tiene sentido que el particular se confronte con alternativas de conducta abiertas —estructuradas de tal modo que, para la sociedad en su conjunto, sea relativamente inocuo qué alternativa se elija. El orden social, como sistema cibernético, emplea azar limitado como elemento constructivo para reducir complejidad. Para el particular se vuelven problema no sus propias elecciones (que él puede ordenar conforme al principio de selección de su personalidad individual), sino las

elecciones de sus compañeros —puesto que tiene que ver siempre con seres humanos proveídos de personalidad individual. Dado que la complementariedad está siempre en peligro, existe una inseguridad de la conducta que el orden social (aunque pueda permanecer indiferente a la decisión de cada uno) debe contrarrestar —ya que no está en el poder de la personalidad resolver el problema de la falta de complementariedad.[2]

Por eso pertenece al equipamiento necesario de los órdenes sociales diferenciados una serie de disposiciones de 'generalización de la comunicación' referida a este problema. En especial, en este contexto, tienen una función importante *la generalización objetual de las expectativas de comportamiento* en el marco de aquello que los antropólogos llaman cultura, *la especificación de la necesidad de consenso*, *la movilización de los contactos y la pertenencia común*, así como ciertas formas de *organización de la idiosincrasia de la comunicación pública*. En órdenes sociales específicos puede ser que domine uno u otro mecanismo de generalización y que lleguen a caracterizar en primera línea a la sociedad —así como sin duda lo fue la 'cultura' para la civilización burguesa de principios del siglo xix. En un orden social plenamente diferenciado no puede faltar ninguna de ellas porque, al considerarse equivalentes funcionales, se descargan mutuamente y porque el problema de su referencia es tan importante, como para que pudiera prescindirse de una u otra solución.

También aquí nos ocupará la pregunta de qué límites debe trazar el sistema político para que estas disposiciones puedan seguir conservando su función estableciendo uno u otro centro de gravedad. Aunque antes son necesarias algunas aclaraciones en particular sobre los mecanismos de generalización.

Objetualmente generalizadas son las *expectativas de comportamiento* cuando se ordenan en núcleos conceptuales y hacen que el comportamiento se muestre como perteneciendo a un contexto y emanando de pensamientos previos, sin que quede específica-

[2] Evidentemente hay también estrategias individuales de conducta dirigidas al problema de la falta de complementariedad. Véase la investigación de John P. Spiegel, The Resolution of Role Conflict within the Family, Psychiatry 20 (1957), pp. 1-16.

mente fijado.[3] La complementariedad —que necesariamente debe asegurarse— se limita, por así decirlo, a un núcleo fundamental de roles, de tal suerte que se confía en lo 'esencial' y las singularidades del contacto pueden dejarse a la situación concreta, al vaivén de la presentación de sí mismo.

Como núcleos de roles objetualmente generalizados se utilizan, por ejemplo, las expectativas de posición: dependiendo de la circunstancia, se espera que distintas acciones correspondan a una determinada posición 'interna', la cual puede expresarse y simbolizarse repetidamente —por ejemplo, ser buen padre o ciudadano nacionalista.[4] En cuanto puede confiarse en 'la actitud correcta' surge una masa de tolerancia frente a distintas maneras de llevar a cabo los roles e incluso frente a los posibles deslices. La interiorización de la moral en el curso de la historia de la cultura en Occidente es un correlato típico del proceso de diferenciación social y, sobre todo, de la separación entre política y religión.

Otro ejemplo de núcleo generalizado de roles es el *rango superior* que se institucionaliza como estatus social. Tiende a imponerse en el comportamiento total de un contexto de roles, independientemente de las preguntas pertinentes por cómo es que se lleva a cabo a detalle. Por eso las diferencias de rango pueden usarse como principio estructural relativamente constante. También en los órdenes sociales diferenciados es medio indispensable de orientación general y de integración.

Los roles se generalizan también *determinando los fines*. Conservan su sentido por los efectos específicos que vendrán a juzgarse en vista sobre todo de un valor, independientemente del

[3] Aquí no es posible exponer esto con más detalle: la generalización objetual como principio de formación del rol se corresponde con la generalización temporal como principio de formación de normas y con la generalización social como principio de formación de instituciones. Véase esto más de cerca en Luhmann (cap. 1 nota 11) pp. 54ss. Los conceptos de norma, rol e institución se emplean aquí según las especificaciones funcionales allí mencionadas.

[4] Compárese para esto William J. Goode, Norm Commitment and Conformity to Role-Status Obligations, The American Journal of Sociology 66 (1960), pp. 246-258 (249, 256s.); Friedrich H. Tenbruck, Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 13 (1961), pp. 1-40 (12ss.); Ralf H. Turner, Role-Taking: Process Versus Conformity, en: Arnold M. Rose (edit.), Human Behavior and Social Processes, Boston 1962, pp 20-40 (28).

medio que, según la circunstancia, utilicen para alcanzar el fin. La interpretación elemental de la acción como realización que produce efectos tiene precisamente el sentido de generalizar la orientación de la acción especificando las consecuencias: neutraliza de tal forma una parte de las consecuencias del medio, que se vuelven irrelevantes para la decisión.[5] No por casualidad esta interpretación de la acción[6] domina el orden social civilizado y se impone como monopolio de la racionalidad, esto es, como aquello que corresponde a la verdadera determinación de los seres humanos. Y es así como se generalizan principalmente los roles de las profesiones.

Debe finalmente presentarse el *ser miembro de grupos* en tanto exhibe condiciones específicas de entrada y salida, que se reconocen como forma extraordinaria de elasticidad y variabilidad para la generalización objetual de los roles. La membrecía puede como tal motivarse y hacerse atractiva de manera que para los miembros se vuelve indiferente lo que el caso particular deba hacer para conservarla. Sobre este principio de orden se basa —como lo he tratado de mostrar en otro lugar—[7] la organización moderna y con ella la industrialización y burocratización de nuestro orden social todo.

Mediante expectativas de posición, de rango, de fines o de membrecía, puede obtenerse una selección de aspectos relevantes del comportamiento, a los cuales se añaden —sin que el campo de

[5] Compárese con Herbert A. Simon/Donald W. Smithburgh/Victor A. Thompson,Public Administration, Nueva York 1950, pp. 488ss., y la teoría ampliada sobre la construcción de fines de Herbert A. Simon, On the Concept of Organizational Goal, Administrative Science Quarterly 9 (1964), pp. 1-22; más allá Luhmann (cap. 3 nota. 12), pp. 436ss. Acentuando mucho la neutralización de la construcción de fines — menos como generalización práctica y como función de simplificación y más como prueba de que el esquema fin/medio es inaccesible como modelo de teoría, Gunnar Myrdal, Das Zweck-Mittel-Denken in der Nationalökonomie, Zeitschrift für Nationalökonomie 4 (1933), pp. 305-329, y en referencia a él: Hans Albert, Ökonomische Ideologie und politische Theorie, Göttingen 1954, pp. 27ss. —de él también: Die Problematik der ökonomischen Perspektive, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 117 (1961), pp. 438-467 (459ss.), y Wilhelm Weber/Hans Albert/Gerhard Kade, Wert, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Vol. 11, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, pp. 637-658 (641s.).

[6] Lo cual Martin Heidegger cuestiona en su introducción a la carta sobre el humanismo ("Über den Humanismus", Frankfurt 1949).

[7] Luhmann (cap. 1 nota. 11).

la propia presentación sea absorbido por la exigencia social— contextos específicos de conducta complementaria. Una cierta libertad siempre es posible mediante indiferencia. Más que el rechazo de la presentación de sí mismo distancia el hecho de no ser requerida en el ámbito ahora de relevancia social específica.

Los otros mecanismos generalizados se construyen sobre esta base. En la medida en que pueda especificarse la relevancia objetiva, pueden también *reducirse a lo relevante específico las necesidades de consenso*. Uno puede sentirse seguro aun en la presentación intransigente de sí mismo, porque se sabe que se concuerda en los aspectos fundamentales de los contactos. Cuando está asegurado un *modus vivendi* no es necesario concordar en todos los detalles.

Desde el punto de vista sociológico, una de las carencias más decisivas de la doctrina de Smend sobre la integración es que con el concepto de Estado entendido como "realidad espiritual" la necesidad de consenso se ontifica, y esto le quita la posibilidad de considerarlo como variable funcional.[8] La sociología moderna sabe que la continuidad de los sistemas sociales exige únicamente consenso limitado y que —en razón de la multiplicidad de problemas que deben solucionarse— la maximización del consenso se paga con la baja de rendimiento en otros aspectos: por ejemplo, impide la capacidad del sistema de diferenciarse y ciertas posibilidades de acoplarse al entorno.[9] Por eso en la investigación empírica, espe-

[8] A pesar de todo no debe subestimarse la aportación decisiva de la doctrina de la integración a la teoría del consenso —por ejemplo la idea del significado integrador de ciertos conflictos y la función (de estabilización y castigo y, por eso, de consenso) de los derechos fundamentales a través del disenso. Aunque esto (la constitución de una realidad espiritual mediante integración) no cuestiona el punto de referencia de estos análisis —cuestionamiento con cuya ayuda pudiera descubrirse la necesidad del consenso y comprobarse críticamente su contexto a la luz de otras estructuras variables y de los costos sociales (en determinados sistemas sociales) de exigencias de consenso propasadas.

[9] Un quiebre significativo de este entendimiento fue la teoría del símbolo y del lenguaje, ejemplo: Charles L. Stevenson, Ethics and Language, New Haven 1944, sobre todo. p. 174ss.; otro, la crítica a las teorías muy armónicas en los principios del funcionalismo, véase Irving Louis Horowitz, Consensus, Conflict and Cooperation: A Sociological Inventory, Social Forces 41(1962), pp. 177-188, o Gosta Carlsson, Reflections on Functionalism, Acta Sociológica 5 (1962), pp. 201-224; un tercero, la sociología de la organización con su crítica al valor de consenso de los fines de la organización cfr., p. ej., Chester I. Barnard, The Functions of the Executive, Cambridge Mass. 1938 pp. 88s..; Neal Gross/Ward S. Masón/Alexander

cialmente en la comparación de los sistemas sociales, el consenso debe tratarse como variable.

Cuando la diferenciación social se aligera aumentando la especificación de la necesidad de consenso, cambia profundamente en el trato social el estilo del comportamiento. Se vuelve impersonal, moderado. Las formas de comportamiento que presuponen consenso difuso —por ejemplo, preguntar sobre la intimidad o burlarse— se retiran. Los contactos sociales se dedican en primer lugar y, sobre todo, a identificar las eventuales exigencias de rango y a la construcción cuidadosa de una plataforma común de exploración de posibilidades de consenso.[10] Estos vuelcos en el estilo de los contactos se exigirán y estimularán elevando en muy alta medida la *movilidad de los contactos*[11] —uno de los fenómenos más importantes de los órdenes sociales diferenciados. La elección de las afinidades sociales —desde los encuentros volátiles hasta los vínculos de larga duración— se le dejará a cada cual y así se hará más fácil la posibilidad de cambiar. Cada cual podrá, en el marco de múltiples posibilidades, encontrar al compañero que se acomode a su propia presentación, para venir así a multiplicar el consenso para sí y para el orden social.[12] Si alguien no toma la iniciativa se queda en soledad.

W. McEachern, Explorations in Role Analysis, Nueva York 1958 —como investigación empírica de la estructura de consenso de un rol; o Amitai Etzioni, A Comparative Analysis of Complex Organizations: On Power, Involvement, and their Correlates, NewYork 1961, pp. 128ss. —como formulación importante; un cuarto, la tesis muy conocida de Talcott Parsons de que la integración es sólo un problema de cuatro de los sistemas —véase adelante con más detalle la p. 190.

[10] Cfr., John W. Thibaut/Harold H. Kelley, The Social Psychology of Groups,Nueva York 1959, pp. 64ss,.; Peter M. Blau, Exchange and Power in Social Life, Nueva York-Londres-Sydney 1964, pp. 34ss.

[11] La problemática tratada generalmente bajo la palabra de "movilidad social"— véase Seymour M. Lipset/Reinhard Bendlx, Social Mobility in Industrial Society, Berkeley-Los Angeles 1959— establece una posición jerárquica del sistema, con cuya medida la persona o el grupo se mueve. Aunque eso es sólo una parte de la problemática muy general de la movilidad del contacto. La posibilidad de deshacer (rehacer o movilizar en interés de puntos de vista específicos, por ejemplo ascender uno mismo) relaciones sociales está presupuesta —en el concepto de movilidad social— en el cambio de status.

[12] Para esto compárese la tesis de psicología social (o sociológica) del aumento de consenso bajo la formación de grupos, por ejemplo, en: León Festinger/John Thibaut, Interpersonal Communication in Small Groups, The Journal of Abnormal and Social Psychology 46 (1951),

Un principio transformador de esta movilidad del contacto es la institucionalización del amor (en el sentido de pasión individual) como base del matrimonio. No de manera fortuita este postulado —que en el tardo Medioevo se experimenta primero bajo aspectos utópicos, luego risibles y después conflictivos— pierde en el orden social diferenciado su fuerza explosiva. Su institucionalización significa que el matrimonio se realizará y conducirá sobre la base de un afecto personal y difuso de donde obtendrá su propio principio sistémico de orientación generalizada.[13] La elección del compañero se dejará en manos de los pretendientes.[14] Dado que la influencia de un sentimiento prefigurado no es ninguna orientación sino sólo aligeramiento de la decisión, iniciativas de tanta envergadura sin orientación confiable[15] por parte de la familia, del estamento, de los roles de trabajo y de sus contextos, suscitan —como fenómeno de indiferencia de los órdenes sociales altamente diferenciados— la misma admiración que el libre mercado que satisface necesidades económicas.[16] Sólo porque el interés político por influir en la

pp. 92-99; Theodore M. Ncwcomb, The Study of Consensus, en: Robert K. Merton/Leonard Broom/Leonard S. Cottrell, Jr. (eds.), Sociology Today, Nueva York 1959, pp. 277-292, y de él también, The Acquaintance Process, Nueva York 1961; George Gaspar Homans, Social Behavior: Its Elementary Forms, Nueva York 1961, pp. 102 y 118.

[13] Por supuesto la simpatía personal puede encontrar atención en órdenes sociales que no pueden permitirse institucionalizar el amor como principio de selección. La institucionalización le proporciona al amor replicado el carácter de pretensión legitimada socialmente. Esto se muestra también en que con vergüenza debe mantenerse velado que un matrimonio se ha hecho por razones distintas a las del amor.

[14] Esta exención del individuo para la elección del amor le confiere al entendimiento tardo medieval y moderno del amor su significado de *passion* —amor que al estar situado fuera de las posibilidades de la causación técnico racional no está obligado a rendir cuentas de su surgimiento ni a hacerse responsable socialmente de los efectos causados por su función: ser *garantía mágica de felicidad*. Mientras esta versión no fue obvia pudo —en la leyenda del Don Juan— mantenerse viva la sospecha de que el matrimonio pasional inutilizaba para el amor.

[15] En las clases altas es posible una cierta conducción informal mediante la suministración (o complicación) del contacto por parte de padres solícitos, los cuales naturalmente tienen un fuerte interés en controlar conforme al estrato los matrimonios y que, a su vez, disponen de medios para mantener (o privar) a los jóvenes. Véase para esto también William J. Goode, The Theoretical Importance of Love, American Sociological Review 24 pp. 38-47 (43ss.).

[16] En este punto yerran las anotaciones críticas de Hegel al amor sexual como interés primordial del matrimonio, véase Grundlinien der Philosophle Rechts (Hoffmeister, edit.), 4ª ed. Berlín 1956, § 162. Hegel al no reconocer en la función social de esta institución el espíritu

consumación de los matrimonios es menor que el interés por la economía, nuestras Constituciones no conocen ningún derecho humano a casarse por amor.

Otro disparador de contactos igual de importante es la entrada a las organizaciones, las cuales han surgido en número elevado para ordenar el actuar profesional económico, asociativo, político y humanitario, y que en muchos ámbitos societales tienen el oligopolio de admitir a los roles correspondientes. El particular puede elegir aquí simplemente por simpatía. Porque su entrada es libre y su salida posible, con el género y número de sus membrecías hace él afirmaciones sobre sí mismo. Por otra parte su situación de elegir está de tal manera estructurada y generalizada, que la mayoría de las veces sólo puede elegir entre organizaciones y no entre acciones. Al mismo tiempo, las organizaciones (regulando aquellas expectativas que él debe voluntariamente aceptar,[17] si quiere conservar su membrecía) pueden someterlo completamente a las directivas de los roles —directivas que, por su detalle, por su diferenciación y asimismo por la medida otorgada de que se eligen con libertad, van más allá de lo que puede asegurarse mediante coacción. [18]

El disparo de las membrecías como ocasión de capacidad de decidir es significativa en dos sentidos: refuerza el potencial de consenso de la sociedad en la medida en que posibilita que cada cual se incluya en donde considere pertinente. De esta manera surgen autoridades y oportunidades de representación —posibilidades de hablar con un grupo y por un grupo. El sistema político se aprovecha de esto concentrando todavía más su situación de tomar decisiones. Por otra parte, se erigen de esta manera estructuras de motivación para aquellos roles de trabajo que son relativamente autónomos, como serían los que por su diferenciación se vuelven técnicamente complicados en el campo de la producción, de la administración, del servicio o de las organizaciones de investigación —las cuales

objetivo no puede decidirse a considerarlo como algo importante "en-sí".

[17] Recuérdese aquí de nuevo la problemática anteriormente tratada de la dignidad, la cual está ligada al actuar voluntario aunque inevitable.

[18] Véase también, en conexión con esto, la conocida tesis de Max Weber que para la construcción de la empresa racional la 'formalidad del trabajo libre' es necesaria: Wirtschaft und Gesellschaft, 4ª ed., Tübingen 1956, pp. 71s., 86s.

no pueden regirse por tareas programadas, ya que su realización puntual no puede exigirse.

Un tercer y notable campo de movilidad del contacto lo ofrece el mercado de consumo con sus dos aspectos de crear y presentar el consumo de bienes. Aquí, sobre todo, diferenciando superficialmente las mercancías de consumo se simboliza más libertad de la presentación propia que la que en realidad tiene, al mismo tiempo que se combina una cantidad inusitada de estilos individuales con una estrecha exigencia de complementariedad.

Con el incremento de la diferenciación de los roles y de la movilidad del contacto se vuelve indispensable la *institucionalización de una asignación común del tiempo* —en donde cada comportamiento humano mantiene un valor de posición automáticamente co-experimentado en todas las expectativas y acciones, permitiendo, además, resolver muchos conflictos de manera secuencial. Con esto el tiempo se vuelve escaso o, con más precisión, se experimenta como cantidad escasa que puede aprovecharse para formular una buena cantidad de estrategias de conducta racionales en la forma de punto de vista ordenador.[19] El incremento de la interdependencia vendrá a expresarse en conductas con aumento de ritmo.[20] Su problemática se solucionará, dentro de cierta medida, acelerando la acción y precisando los puntos en el tiempo de las pretensiones mutuas. Esto, de nuevo, demanda una alta disciplina del compor-

[19] La premisa de la constante allí contenida encuentra paralelos en la economía (dinero) y en la política (poder). Véase adelante p. 110 y p. 151. En todos estos casos, una artificial (pero institucionalizada) cantidad asegurada de manera constante ayuda a que el comportamiento humano se racionalice mediante una orientación abstracta. El problema de la vivencia se apartará de la autoafirmación inmediata en la naturaleza y se dirigirá a relaciones entre seres humanos para allí orientarse por representaciones de escasez en los medios de comunicación tiempo, dinero y poder. Esta postergación del problema es sólo posible cuando la sociedad como sistema diferenciado está ya establecida y con la posibilidad de solventar la supervivencia de los seres humanos de manera efectiva. Participar socialmente de esa cantidad (establecida como constante) se tomará como una manera de disponer de bienes secundarios. Disponer de tiempo (de dinero o de poder) con relación a las necesidades básicas tiene el carácter de disposición intermedia, con cuya ayuda la sociedad puede alcanzar una organización racional.

[20] Para esto buenas observaciones en Elias (cap. 1 nota 19), vol. II, pp. 337s. Para el contexto entre especialización del rol y escasez del tiempo véase Wilbert E. Moore, Man, Time, and Society, Nueva York-Londres 1963, p. 16ss.

tamiento sin que sea posible motivarlo a partir de los sentimientos o de las necesidades de la vida, sino mirando al reloj. Los tiempos de esparcimiento tienen requerimientos parecidos y, en todo caso, comenzarán y finalizarán atendiendo al horario.

Finalmente es de pensarse que con la diferenciación social crece de manera enorme la abundancia de informaciones y posibilidades de información relevantes para el comportamiento, poniendo en peligro la complementariedad de la conducta. El particular se verá sobrepasado con irritaciones, estímulos e informaciones. No se le puede dejar totalmente en sus manos todo lo que debiera procesar y ser consciente, porque entonces sería pura eventualidad el caso en que el compañero de rol coincidiera con él en la información. En los órdenes sociales diferenciados la casualidad es aceptable sólo en límites funcionales muy específicos. De esta manera *la comunicación pública* en todos los sectores de la sociedad se confiará a *organizaciones o a departamentos de las organizaciones que se dedicarán especialmente a la preselección, la simplificación y hacer sugestiva la comunicación*. En campos más amplios, ya no cuenta el hecho sino el comentario, no la información de la mercancía sino la publicidad escrita, no la argumentación científica sino el 'abstract' del resultado, no la personalidad sino la 'imagen' ante el público. El procesamiento intermedio y lo indirecto de la comunicación se manifiestan como disposiciones para generalizar la información, que no pueden dejar de pensarse en un orden social diferenciado.

Al final de esta mirada rápida sobre algunas instituciones de generalización de las expectativas del comportamiento debemos esclarecer una vez más la problemática que nos ocupa y sus efectos. De esta manera se aclarará el porqué en órdenes sociales diferenciados estas disposiciones deben estar predispuestas y por qué el sistema político —en la medida en que llega a diferenciarse como un subsistema de la sociedad— debe tolerar estas disposiciones como precondición de su propia existencia y debe, además, conservarlas y cultivarlas.

Cuando la diferenciación social sobrepasa un cierto umbral, la formación de instituciones no puede dejarse —en los contactos sociales— al juego elemental de la presentación propia, porque las situaciones se aprehenden siendo muy personales y diversas y

porque con ello crece la necesidad de una síntesis individual del comportamiento. Las versiones complementarias de los roles ya no se entienden de por sí y, en vista de la complejidad de las relaciones, ya no pueden tampoco asegurarse mediante la planificación centralizada o mediante la construcción unitaria de la sociedad —aunque hay tendencias en esta dirección, por ejemplo, obtener metas de producción en común. Este vacío lo llenan las disposiciones aquí discutidas, las cuales ofrecen al particular posibilidades de elección unidas a relevancias generalizadas, en donde él se presenta a sí mismo por la combinación y selección de lo que elige y por la manera en que él se acomoda a estructuras sociales generales y ricas en consecuencias, a saber, a contextos sistémicos, que en realidad no son otra cosa que comportamiento complementario.

Individuo y colectividad no son sustancias con intereses fijos contrapuestos, como la discusión sobre los derechos fundamentales de muchas maneras parece tener en mente con más o menos claridad. Las identidades sociales y los sistemas de todo tipo —incluida la personalidad— se constituyen primariamente en el proceso de comunicación social, por tanto según la medida de las posibilidades establecidas por la comunicación —especialmente por los símbolos hablados y no hablados. La diversidad de esta constitución de sentido no es ninguna magnitud fija. Puede crecer cuando la comunicación se orienta por puntos de vista cada vez más generales y, al mismo tiempo, específicos (limitados en su relevancia), cuando el lenguaje y sus instituciones complementarias se acomodan a ello y cuando la elección apropiada de combinaciones compatibles puede emplearse para la mayoría de las situaciones. Un tal orden presenta exigencias tanto a la interioridad del particular como a las instituciones sociales. Exige y favorece la preservación de una buena cantidad de posiciones (abstractas, específicas e intercambiables) referidas a situaciones y un procesamiento siempre más refinado del orden simbólico, además de una correspondiente sensibilidad para lo diverso en la vivencia de lo social. Todavía más: favorece el que las prestaciones sociales se organicen y un manejo fuerte de la comunicación indirecta —que puede tener como fines la formación del símbolo, del poder, del capital, de la preservación del sistema. Y, en perspectiva más larga, favorece la separación de la emocionalidad

mediante formas funcionales de estabilización del sistema. Lo cual quiere decir: la puesta de cabeza de la seguridad fijando la seguridad al hecho de que se vuelven intercambiables todas las prestaciones necesarias.

Nuestra tesis general de que el sistema político (como proceso de construcción de poder y de decisiones burocráticas) sólo puede estabilizarse cuando el orden social se muestra ya correspondientemente diferenciado, adquiere contornos mucho más claros. Lo que debe quedar presupuesto es que las comunicaciones estén lo suficientemente diferenciadas, especificadas y generalizadas de tal suerte que puedan motivarse por 'sistemas secundarios',[21] es decir, indirectamente, y que la disposición sobre las comunicaciones no se vea obstaculizada por una estrechez de la relación social o por estar demasiado pegada al sentimiento. Con otras palabras, la especialización del sistema político exige una fuerte movilidad de la comunicación en su entorno.[22] Por ejemplo, sin grandes dificultades y sin conflictos debe poder entenderse con desconocidos.[23] La 'incorporación en el alma' y la institucionalización de la comunicación indispensable se produce mediante la *civilización de las expectativas*.

El Estado debe encontrar en su 'ambiente' una cierta civilización de las expectativas. Su existencia depende de muchas maneras de esto.[24] Para conducir el negocio estatal debe el Estado

[21] En el sentido de Hans Freyer, Theorie des gegenwärtigen Zeitalters, Stuttgart 1955.

[22] Véase para esto Riggs (cap. 1 nota. 8 — 1957 —), pp. 73ss.; Karl W. Deutsch, Soziale Mobilisierung und politische Entwicklung, Politische Vierteljahrsschrift 2 (1961), pp. 104—124. Véase más allá la estadística compilada por Lipset —(cap. 2 nota 13), pp 36ss., ampliada en (de él también) Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, The American Political Science Review 53 (1959), pp. 69—105— sobre la condición económica de la democracia estable, la cual en lo principal comprende factores relevantes de comunicación.

[23] Desgraciadamente para esta pregunta decisiva (con cuáles instituciones sociales pueden sustituirse las relaciones personales —básicas para la acción) falta investigación sistemática sociológica, aunque a la sombra de las antiguas distinciones comunidad/sociedad (grupos-primarios/grupos-secundarios) florecen algunas observaciones relevantes.

[24] Aquí también pertenecen dependencias indirectas. Una vista general sobre la totalidad de las dependencias ubicadas en el texto se pierde por una decisión conceptual cuando desde un principio se define —con Herbert Krüger (cap. 2 nota 4), pp. 346ss.— de manera masiva a la sociedad como sociedad que el Estado crea. Un buen ejemplo, pues, de la necesidad de

echar mano de disposiciones sociales preformadas y recurrir a roles configurados en sistemas.[25] Debe encontrarse ya configurada una buena cantidad de presentaciones personales no impuestas (o subobligadas) que puedan ser incorporadas sobre todo por el actuar político o burocrático. El Estado debe contar con que existen en la sociedad los correspondientes roles complementarios con comportamientos entendibles y racionales —por ejemplo como testigo, contratante, elector, querellante o simplemente como interesado que persigue consistentemente y a largo plazo sus intereses, de tal suerte que de manera previsible se le puede motivar u obstruir. La burocracia estatal debe tomar de la sociedad el capital —dado que ella no puede crearlo a no ser desatendiendo sus tareas específicas. Esto presupone que hay medios liberados de capital —sin que estén estrechamente relacionados con lo indispensable o enraizados emocionalmente u organizativamente demasiado establecidos. Y más allá, el Estado sería impensable sin relojes y sin una correspondiente vivencia del tiempo. Y por último, el Estado para poder especializarse debe dejar a la sociedad la satisfacción de otras necesidades autónomas (no-políticas), aun en el caso de que esta autonomía pudiera ser políticamente relevante: estos aligeramientos los tiene que pagar el Estado con peligro potencial —un riesgo general de todos los sistemas diferenciados. Esto es válido especialmente para la necesidad de dotar de significación al mundo y a la vida, para el esclarecimiento de los desengaños[26] y, en menor medida, para la satisfacción de necesidades económicas —la educación, la cura y cuidado de los enfermos, las necesidades de convivencia. En Alemania esta civilización de las expectativas arrancó de cero en 1945

sustituir la perspectiva de la doctrina sobre el Estado por la de la sociología política.

[25] Estas preguntas de vez en cuando se ubican bajo la llamada 'Political Socialization'. Compárese, por ejemplo, Hyman, Political Socialization, Nueva York 1959; Lewis A. Froman, Jr., Political Socialization, The Journal of Politics 23 (1961), pp. 341-352; Mitchell (intr. nota 10), pp. 145ss.; Gabriel Almond/Sidney Verba, The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations, Princeton N. J. 1963, pp. 323ss. En Alemania por el contrario se hacen específicamente esfuerzos por una "formación política".

[26] Véase para esto Eisenstadt (intr. nota 10) con afirmaciones interesantes sobre el estado del desarrollo de la religión y de la cultura permitido por la primera formación histórica de los imperios burocráticos y que, precisamente mediante la autonomía de la fe y del pensar, se puso de nuevo en peligro.

y fue lo que hizo posible el "milagro económico". Y dado que esta civilización de expectativas falta en los países subdesarrollados, por eso no llega el correspondiente milagro del desarrollo y, por eso mismo, a la hora de transferir modelos organizativos (de capital, de planificación, de equipamiento) surge una serie de dificultades con respecto a su adecuada utilización.

Así como el Estado debe presuponer un cierto individualismo de la presentación de sí mismo —la capacidad de los seres humanos de poder conferir una línea personal consistente y a largo plazo a su mostrarse en escena— así también debe contar con una cierta civilización de las expectativas. El Estado —en una diferenciación así alcanzada como lo exige el orden social con sus formas específicas de prestación— puede asegurar una complementariedad suficiente de las expectativas de comportamiento mediante decisiones vinculantes. Aquí nos volvemos a encontrar con lo distintivo de los órdenes sociales, deben preservar las trayectorias diversas y divergentes de la generalización de la comunicación: junto al proceso de generalización del poder político[27] deben preservar la presentación personal de sí y la generalización de las expectativas de conducta de las normas, de los roles y de las instituciones. Y, como el siguiente capítulo lo dirá, todavía vendrá a añadirse la generalización de la comunicación económica mediante el dinero.

El Estado no puede producir tales logros —para él extraños— de generalización cuando él mismo está especificado funcionalmente como sistema para institucionalizar la creación de decisiones vinculantes. Pero el Estado debe tener delante de los ojos ciertas consecuencias problemáticas de la diferenciación y ayudar con su solución a que la estructura total sea capaz de soportarlas. En este acercamiento a la amplia contextura funcional nos topamos otra vez con los derechos fundamentales. Estabilizan en los puntos críticos la distancia necesaria que debe mantener el sistema político en todo proceso social —distancia que actualiza los ya mencionados presupuestos de la capacidad de diferenciación.

No cualquier aspecto de esta problemática se transforma en derecho fundamental. Ya hemos visto que no hay derecho huma-

[27] A lo cual atenderemos con más detalle en el capítulo 7.

no a casarse por amor, porque esta institución no está amenazada por el sistema político sino por la familia. Por eso la protegen sólo algunos institutos jurídicos de menor relevancia, por ejemplo la capacidad de hacer negocios.[28] Aunque algunos jóvenes cambiarían con gusto la libertad de prensa por este derecho humano: el orden de los derechos fundamentales no remite a la naturaleza humana, sino corresponde a la constelación de problemas que resultan de la diferenciación de la sociedad.

La formulación de los derechos fundamentales se adhiere a ciertos puntos de peligro en los que el sistema político tiende a transgredir los límites de su función específica de crear decisiones vinculantes: al absorber procesos sociales trata de integrarlos bajo puntos de vista políticos, es decir, desde el punto de vista del subsistema de la política. Aquí en especial se vuelven necesarias cautelas, porque la función política (posibilitar decisiones que vinculan) no tiene contornos claramente especificados, sino depende en principio de en qué medida el orden social produce problemas que requieren de decisión vinculante. La especificación de un sistema político para esta tarea presupone que el orden político no coincide plenamente con el orden público, sino que como práctica que decide sobre problemas está referida a un entorno en el cual se dan problemas que demandan decidirse.

Como ya se dijo, el sistema político, en interés de su racionalidad distintiva, no debe sobrecargarse con cuestiones que no tienen actualidad política, de tal forma que venga a pagar esta especialización con ponerse en peligro. El sistema político debe situar fuera de su dominio procedimientos sociales aunque, desde el punto de vista político, *pudieran* ser relevantes. Esta tolerancia debe estar presupuesta sin dudas: la unidad del cosmos de las convicciones verdaderas debe estar ya desmantelada, de tal forma

[28] Sobre todo también con la sanción constitucional del derecho fundamental al matrimonio y a la familia (art. 6 ap. 1 GG), lo cual incluye la libertad de escoger al compañero. Véase Erna Scheffler, Ehe und Familie, en: Karl August Bettermann/Hans Cari Nipperdey/Ulrich Scheuner, Die Grundrechte, vol. IV, 1, Berlín 1960, pp. 245-323 (281) o Theodor Maunz, Die verfassungsrechltliche Gewähr von Ehe und Familie (art. 6 GG), Ehe und Familie 3 (1056), S. 1-3 (1) — con ello, sin embargo, no se desmantelan de manera efectiva los límites sociales de la elección por amor.

que de la pretensión de verdad de una opinión no necesariamente pueda deducirse una pretensión política capaz de producir efectos. La 'libertad de conciencia' sólo pudo concederse después de haber alcanzado un tal grado de internalización que ya no se inclinaba a las revueltas.[29] En este contexto, la posición del problema queda colocado en el plano de la verdad de la comunicación e incluso allí se hace más agudo. Las verdades son exclusivas, las comunicaciones pueden contradecirse. Mediante la neutralización de la pregunta por la verdad y mediante la custodia de la libertad de comunicación, el problema de la complementariedad de la expectativa gana una versión que corresponde a la diferenciación social desarrollada.

Aun con la restricción de renunciar al control preventivo de toda comunicación no es fácil la tolerancia para el sistema político. Es de esperarse que surjan tendencias en las cuales el ámbito de dominio del subsistema de la política se extienda a todos los campos públicos de la comunicación y, de esta forma, hacer que la naturaleza de la comunicación venga a des-diferenciarse bajo puntos de vista políticos. El acontecimiento societal apunta a volverse político sobre todo en dos lugares —reconocidos en principio y que se acomodan al modo de plantear preguntas políticas— a saber: *en la elección de los temas de comunicación y en la elección de los compañeros de la comunicación*.[30]

La protección de estas dos elecciones resguarda en lugares críticos a la diferenciación social de las tendencias expansionistas que el mismo subsistema de la política despierta. Los clásicos derechos humanos de libertad de creencia[31] y de opinión, por un lado

[29] Primero se introduce como derecho a la devoción familiar. Para el correspondiente descenso de la religión en el siglo XVII véase, por impactante, Schnur (cap. 2 nota 5), sobre todo. p. 39. Véase también Michael Freund, Die Idee der Toleranz im England der großen Revolution, Halle 1927, p.ej. p. 84: "La secularización de la vida social fue de hecho una de las condiciones fundamentales para la idea de la tolerancia". Y esto fue lo que precedió históricamente a la otorgación del derecho de libertad de conciencia.

[30] Un significado creciente adquiere en paralelo la libertad de escoger *medios de comunicación*. Compárese no sólo el número de cada uno de los medios en art. 5 par. 1 GG, sino también el artículo 118 WRV que subraya en contraposición el derecho a la expansión de la comunicación. La intensidad de efectos producidos por la televisión plantea problemas especiales a la necesidad técnica de centralización.

[31] También la libertad de religión —aunque la formulación del art. 4 par. 1 GG al distinguir

y, por otro, de asociación y de reunión,[32] con sus formas especiales como la libertad de prensa —del arte, de la investigación científica, de cátedra, de educación de la familia, de libertad de coalición, de formación de partidos y, en cierto sentido, la libertad de profesión— no son sólo desmoldes de la defensa de la presentación de sí mismo, sino dispositivos de igual rango para proteger la formación de expectativas políticas independientes.

Elección de tema y elección de compañero deben acreditarse de manera conjunta. Algunos derechos humanos están concebidos en primer término con relación a los temas de comunicación (libertad de opinión) y otros están concebidos más con relación a la comunicación del compañero (libertad de asociación y de reunión). Aunque se trata de derechos complementarios. En un orden social diferenciado quien da a conocer algo o que desea informarse debe contar con compañeros provistos de disposiciones previamente estructuradas de intereses delimitados y horizontes de conveniencia. Debe elegir sus temas con relación al compañero, y al compañero con relación al tema. De conectarse a un lado, tendría que hacerlo también al otro.

Con la preservación de la diferenciación funcional específica mediante las libertades de comunicación no se pretende de ninguna manera tratar de manera no-política a la comunicación política que se da en la comunicación societal, de tal forma que el Estado ignore —como si no pasara nada— a la comunicación y a los grupos políticamente relevantes situados fuera del sistema polí-

---

entre fe y confesión sugiera lo contrario— es finalmente libertad de comunicación. Se refiere a temas y a la elección del compañero. La experiencia religiosa misma no puede calificarse como libre ni como no-libre. Así lo piensa también la interpretación dominante. Compárese Wertenbruch (cap. 4 nota 11), pp. 108ss. De la misma manera la libertad de conciencia es vista la mayoría de las veces como libertad de confesión, dado que el puro foro interno no representa ningún problema de derecho. A la opinión dominante le es doloroso reconocer que se le escapa el verdadero problema de la conciencia, véase más adelante pp. 76s.

[32] Que nosotros veamos la libertad de reunión y de asociación como libertades de comunicación (y que como tal tengamos ante los ojos la elección primordial del compañero) debe ser entendible a partir de la valoración que hacemos sobre la naturaleza de la comunicación. En estos derechos se trata no sólo de formas especiales de libertad del movimiento corporal en espacios de reunión o en locales. Agrupaciones y reuniones no interesan como lugares sino como posibilidades estructuradas de comunicación y son, por eso, especialmente atractivas.

tico. La diferenciación social no es ningún corte a la conexión entre sistemas. Más bien a lo que lleva es a intensificar los intercambios. En esta medida el dogma de la separación entre Estado y sociedad es equívoco, porque no deja reconocer que la diferenciación del orden social no lleva a una disminución de los contactos y de las interdependencias sino a su acrecentamiento. El incremento de estas interdependencias mutuas entre Estado y sociedad no es prueba de que la distinción apenas sobreviva —como con frecuencia se cree—[33] sino precisamente de su fortalecimiento en la forma de comunicación mutua entre sistemas.

El objetivo de la libertad de comunicación no es neutralizar políticamente a la sociedad fuera del sistema (organizado de manera independiente) de la acción política. Su objetivo, más bien, es únicamente que el interés del Estado por los procesos relevantes políticos adquiera una forma que sea adecuada al proceso de diferenciación de la sociedad y que no lo suprima. El Estado debe aceptar que el entorno plantea problemas políticos y engendra poder político y que debe absorberlos. La solución no está en el dominio, sino en la sensibilidad. Si el Estado quisiera anticipar y desviar toda significación política de la comunicación, tendría que suprimir la diferenciación societal y sustituirla por una diferenciación burocrática del sistema político. Algunos países en desarrollo —en los que el Estado debe crear primero la diferenciación societal y lo que hemos llamado civilización de las expectativas— parecen haber tomado por este camino. Sobre todo la Unión Soviética con su dualidad de Partido y Administración estatal. Si quisiera impedirse este efecto (y si lo permitiera el estado del desarrollo societal) debería entonces obstaculizarse negativamente al sistema político el predominio sobre toda la comunicación y dotarlo de órganos de sensibilidad —órganos que estén en la situación de intuir el contenido y la relevancia política de la comunicación en el entorno societal, de articularla como problema político y de llevarla a la burocracia estatal para que la decida.

Mientras que nosotros hemos expuesto el problema de la sensibilización política del Estado retrocediéndolo al tratamiento

[33] Véase la prueba arriba cap. 2 nota 9.

activo ciudadano de los derechos fundamentales, nos hemos hecho culpables de tener que exponer aquí algunas aclaraciones sobre la libertad y elección del compañero en el proceso de comunicación. Las dos libertades están enlazadas de manera múltiple —algunas veces indirecta y otras veces difícil de apreciar— a conquistas que nosotros hemos nombrado como civilización de las expectativas. Sirven para solucionar el problema que ha sido tema de este capítulo: cómo es que en los órdenes sociales diferenciados con la correspondiente individualización de la presentación de los intereses propios puede asegurarse una suficiente complementariedad de las expectativas del comportamiento.

En un orden social diferenciado, en razón de la multiplicidad de los temas e intereses especiales, será siempre más difícil para los oyentes o los lectores y para las expectativas de comportamiento encontrar consenso en la comunicación. Se puede, sin embargo, tratar de homogeneizar toda comunicación pública del sistema político y hacer que obligue al consenso imponiendo a los cargos oficiales un orden detallado de expectativas de comportamiento. Si esto se observa desde la perspectiva de la complementariedad, se trata de un esfuerzo enorme que no sólo logra el efecto pretendido sino que conduce a la politización del orden público total. La diferenciación se hace posible sólo como diferenciación admitida, organizada, como división del trabajo pues, y como distinción secreta que va imponiéndose a la estructura oficial de las expectativas vinculantes del comportamiento, por un lado, y como adaptación informal a las consecuencias desventajosas de esta unilateralidad, por otro. La formación de estas contra-estructuras adaptativas se hace difícil porque se enjuician como ilegales y porque no pueden reconocerse y discutirse en la comunicación pública —a no ser en los cambios sucedidos a empellones en la presentación de las expectativas de los cargos administrativos.

Mediante el incremento de la diferenciación social un orden así lleva probablemente al vaciamiento de sentido de la doctrina oficial[34] y a su tendencia contradictoria (que lleva aparejada) de

[34] Es sobre todo el materialismo dialéctico —como teoría oficial de la sociedad— el que dificulta la entrada al problema de la diferenciación social, no porque el concepto de materia no

legitimación recurriendo a fórmulas de cubrimiento que no dicen nada[35] —si no es que frenan el proceso societal de diferenciación. Aun cuando una abstracción suficiente de la ideología pudiera tener éxito, el retorno del sistema político a un subsistema (especificado funcionalmente) para tomar decisiones vinculantes sobre los problemas se volverá difícil —simplemente por la tendencia del sistema burocrático a conservarse y también porque el control público de la comunicación le confiere a todos los problemas el aspecto político y, en esa medida, un viso cercano a la decisión. El 'Estado' al parecer no muere por sí mismo.

Algunos países en desarrollo se mueven sobre este camino de la politización. Utilizan el movimiento político —el del nacionalismo o el del antiimperialismo— como palanca para cambiar su configuración tradicional en un arreglo de vida de tipo técnico-civilizatorio. Intentan dar fuerza a este movimiento politizando la totalidad de la vida pública —cosa que es difícil de entender en razón de todas las dificultades que implica un cambio de tal magnitud. Es cierto que la movilización de todas las fuerzas sólo se logra por el sistema político.[36] Pero la modernización, por otro lado, no significa únicamente alcanzar mayores cifras de producción y un

---

sea capaz de hacer predicciones, sino por el principio dialectico del desarrollo. La dialéctica hegeliana en su base queda presa de la antigua tradición de pensamiento ontológico, en la medida en que considera a las contradicciones como inestables y que trata de solucionarlas en un proceso temporal de desarrollo. De allí que en la formulación, esta teoría se incline a identificar conquistas evolutivas con fines de desarrollo. El desarrollo dialéctico absorbe todas las contradicciones y, con ello, ahoga el valor de este orden discordante. La teoría de la diferenciación social, por el contrario, es teoría de la estabilización simultánea de las contradicciones. Otro aspecto de esta fijación del materialismo dialéctico a contradicciones simples y pasajeras lo hemos subrayado en el cap. 2 nota 27: cuando reduce el problema complejo de la diferenciación social a un solo proceso separando radicalmente las decisiones jurídicas sobre intereses económicos de los intereses de la personalidad —con la esperanza de llegar a que se solucionen. Por eso también en los otros problemas de diferenciación llega a identificaciones ideológicas.

[35] Véase el análisis general de este proceso en Durkheim (cap. 1 nota 12), sobre todo pp. 272ss.

[36] Véase, p. ej., David E. Apter, Ghana in Transition, Nueva York 1963. Estímulos para esto se los debo a un estudio hectografiado de Alfred Diamant, Bureaucracy in Developmental Movement Regimes: A Bureaucratic Model for Developing Societies, oct. 1964, el cual fue distribuido por el grupo de administración comparativa de la American Society for Public Administration.

consumo de masas elevado. El medio más efectivo del desarrollo para alcanzar el objetivo final de un orden social más diferenciado —la movilización política de la sociedad— no parece ser en el fondo el más conducente. La fascinación a través de la problemática del *desarrollo económico* esconde esta discrepancia. Permite olvidar que el sistema parcial de la economía no puede diferenciarse y modernizarse sólo para sí mismo. La formación y racionalización del sistema económico sólo puede alcanzarse en último término en el marco de una diferenciación muy avanzada de la totalidad societal —y a eso pertenece la especialización funcional y la delimitación del subsistema de la política del orden social. Puede ser que sea necesario un movimiento unilateral que sacuda fuertemente. Pero el peligro es tan grande, que el medio de politización puede cristalizar en instituciones no-diferenciadas y que, en determinado momento, eso se convierta en un obstáculo para el avance —sobre todo cuando todos los aspectos no-económicos del sistema social permanecen sin diferenciarse y disueltos en lo político.

Sobre el trasfondo de esta problemática, cargada de problemas, puede resaltarse lo que implica que los órdenes sociales libres —mediante las mencionadas libertades de comunicación— dejen en gran medida la construcción de expectativas complementarias del comportamiento a procesos societales que en primer lugar no se evalúan como políticos. Eligiendo libremente tema y compañero se remite al particular a entregarse a la búsqueda de expresiones y posibilidades de consenso que se acomoden a sus versiones específicas. Él puede enlazarse a donde pertenece, a donde es comprendido, a donde es apoyado, sin que se le obstaculice en razón de que tales enlaces intensifiquen las opiniones y produzcan poder. Así, de manera informal y múltiple, puede formarse y ponerse a prueba una buena cantidad de normas contradictorias, roles e instituciones. En algunos segmentos de la sociedad puede intentarse alcanzar la complementariedad de los roles, sin que el orden general tenga permanentemente que legitimar todas las expectativas.

En el libre juego de la elección de temas y compañero, de la presentación de las opiniones y de sus conclusiones, surgen autoridades con gran capacidad de influencia. Las versiones pueden formularse para seguidores fluctuantes y, dado el caso, hasta

reformularse. Algunos ofrecimientos —como los comentarios de la prensa— tienen una supuesta resonancia, aunque indeterminada. Otros —como la participación de las asociaciones— pueden manejarse como si se tratara de exteriorización unificada de un círculo determinado de personas. En razón de lo que logran las libertades de comunicación, puede suponerse que a tales posiciones portadoras de libre consenso se les atribuye una capacidad indeterminada (o determinada) de tener seguidores. Por eso tienen en el proceso político valor de poder, ya que dejan indicado un posible comportamiento del elector. Para conservar este valor de poder deben presentarse como capaces de obtener consenso, por tanto deben proponerse de manera sugestiva e interesante —y lo más fácil es hacerlo bajo la forma de reclamo. Al mismo tiempo tales manifestaciones obligan a los seguidores no a seguir una línea personal sino una general. Así, en razón de la libertad de comunicación, los grupos se vuelven capaces de negociación política gracias a una cierta generalización de su ofrecimiento. Pueden igualar sus conflictos 'internos' y sacar a la luz pública los 'externos'. El sistema político debe absorber estos reclamos y resolver los conflictos. Puede tomar en cuenta esa articulación de intereses y unirse a ella, aunque con ese disparo de la comunicación pública pierde el dominio sobre la formulación del problema. Se pone siempre en peligro de perder la iniciativa y de desaprovechar la capacidad de las grandes decisiones.

Todo orden social debe satisfacer una gran cantidad de exigencias contradictorias. Los órdenes sociales diferenciados hacen públicas esas oposiciones formando subsistemas específicos para necesidades precisas. Y, en estas condiciones estructurales, pueden dirigir el actuar humano mediante la civilización de las expectativas. Sólo al interior de esta importante coordinación de los órdenes societales modernos (industrial-burocráticos) se dan posibilidades de conformaciones diversas. El problema aquí discutido de la complementariedad puede resolverse con o sin libertad de comunicación. Cada solución debe contar con distintas consecuencias problemáticas. En la medida en que como orden pueda manejar las consecuencias problemáticas, la pregunta por la estructura de la decisión pierde importancia.

Queremos cerrar este capítulo dando un salto hacia un derecho fundamental totalmente diverso: el derecho fundamental a la protección del matrimonio y de la familia. No se ha reconocido en la dogmática de los valores el contexto completo del derecho fundamental a la familia (con los conceptos aquí discutidos de dignidad y libertad, por un lado, y de las libertades de comunicación, por otro) a no ser en el sentido de que este derecho fundamental, como todas los otros, debe interpretarse como desmolde del derecho fundamental a la dignidad, libertad e igualdad.[37] Sólo el análisis sociológico, recurriendo a los resultados de la nueva sociología familiar, puede hacer comprensible en qué medida la familia pertenece a este circuito de los derechos fundamentales.

La avanzada diferenciación social ha privado a la familia de una buena cantidad de funciones: la función política, la función productiva en el campo de la economía, la mayoría de la función formativa en el campo de la cultura.[38] Con ello la familia ha perdido su carácter prominente o de ser el único rol ordenador de la sociedad. Esta pérdida de función no debe entenderse en el sentido de pura pérdida, de algo destructivo. A ello corresponde, del otro lado, el proceso de especificación funcional en donde la familia encuentra las nuevas bases de su estabilidad.[39] En lo fundamental parece ser

[37] Compárese, p. ej., Scheffler (cap. 5 nota 28), p. 267. La desventaja de un tratamiento así de valor armónico se recoge aquí como simple esbozo de realidad. En la realidad se dan conflictos graves entre los valores de referencia de estos derechos fundamentales: por ejemplo, entre la dignidad individual y la libertad, por un lado, y el orden de la familia por el otro. Piénsese en el caso trágico de una esposa que no puede asimilar interna y conductualmente el ascenso del marido en el trabajo y que entonces dignidad y libertad se vuelvan —como reliquia del pasado— una carga.

[38] Para esto especialmente Helmut Schelsky, Schule und Erziehung in der industriellen Gesellschaft, Würzburg 1957, pp. 31ss.

[39] Pruebas empíricas de esta estabilidad y su significado paralelo como proceso complementario del desarrollo total de la sociedad se lo debemos a Helmut Schelsky, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart: Darstellung und Deutung einer empirisch-sozlologischen Tatbestandsaufnahme, Dortmund 1953. La aguda contrastación sugerida por los datos levantados después de la guerra entre sociedad de masas y grupo de intimidad, no debería tomarse como la última versión teórica. Nosotros no consideramos a la familia en su calidad de ser polo contrario, sino más bien en su específico aporte positivo funcional al orden total: aunque esto por su parte exija primero que la familia se construya contra-estructuralmente, es decir, como grupo de intimidad que se orienta por la difusividad personal. Véanse también los datos obtenidos por Hilde Thurnwald, Gegenwartsprobleme Berliner Familien, Berlín

que la función de la familia para el orden total se asocia a dos prestaciones que se entrelazan: ser fundamento de una personalidad con capacidad de socialización en el niño, y la distensión de los miembros de la familia a través de una presentación de sí mismo enteramente personal en el círculo de la familia.[40]

Mientras que el primer pensamiento de socialización del niño está bien asegurado por los trabajos preparatorios psicoanalíticos, en la idea de la familia como espacio para la presentación personal de sí mismo —lo que no quiere decir que no sea impuesta y que se trate de puro desfogue— se trata de una nueva representación teórica que debería investigarse empíricamente. En el centro está la afirmación de que una sociedad diferenciada no ofrece muchas oportunidades de que se muestre la pura personalidad, ya que la mayoría de las veces lo hace a través de roles específicos. La familia es el único lugar donde todos los roles de un ser humano se conocen y se presentan como brindados personalmente y donde socialmente puede controlársele con exigencias dirigidas a él personalmente. Con ello la familia se convierte en un sistema social que, al mismo tiempo, soporta las decisiones de cambiar de rol y, en esa medida, descarga a la personalidad.[41]

Esta doble función de la pequeña familia moderna está conformada por una estructura unitaria del sistema —con lo cual se asegura la alta estabilidad de la familia como institución, ya que desde la perspectiva de su función específica no puede sustituirse

---

1948, y su interpretación, sobre todo, pp. 181ss.

[40] Para las dos funciones de "*socialization*" y de "*tension management*" compárese Talcott Parsons/Robert F. Bales, Family, Socialization and Interaction Process, Londres 1956 (esencialmente sobre todo. pp. 16ss.). Importante también Dieter Claessens, Familie und Wertsystem: Eine Studie zur "zweiten, soziokulturellen Geburt" des Menschen, Berlín 1962, quien en muchos puntos (p. ej., en la interpretación del relajarse como presentación-de-sí (pp. 122ss.) va más allá de Parsons.

En la teoría total de Parsons la sociología de la familia toma el lugar que nosotros le asignamos a la formación de la personalidad. En la posición de Parsons la teoría de la formación de subsistemas es determinante, lo cual excluye que la personalidad individual sea interpretada como subsistema de un sistema social (aquí: la sociedad). Nosotros dudamos que la sociedad diferenciada pueda explicarse de manera adecuada mediante una teoría de los subsistemas tipo cajas chinas, por lo cual no nos sentimos obligados a tratar —en el recuadro de una teoría de la diferenciación social— sólo a los sistemas sociales como subsistemas.

[41] Precisamente para esto se encuentra muy buen material en Schelsky (cap. 5 nota 39).

por equivalentes funcionales. La familia es un pequeño sistema relativamente autónomo sobre la base de profesar cariño íntimo y personal.[42] Se abre espacio en el círculo de las disposiciones que pertenecen al rango de los derechos fundamentales por el hecho de estar referida a problemas centrales de la diferenciación social[43] —en ello está su función específica y es allí donde encuentra la condición de su estabilidad. Por consiguiente debe protegerse contra la politización, contra algo así como lo que, por ejemplo, el 'tercer Reich' finalmente legitimó y ordenó como aspectos de política poblacional.[44]

Por otra parte, la naturaleza misma de la familia, por ejemplo la actual pregunta por la igualdad de rango de hombre y mujer, no es problema genuino alguno respecto a los derechos fundamentales —de la misma manera que no lo son las preguntas

[42] Más allá afirmaciones sobre la estructura típica de la familia en el orden social moderno apenas si dan respuesta. Ni se pueden sacar conclusiones lógicas de su función ni ofrecer pruebas claras empíricas. Tampoco la pequeña familia con presupuesto separado se deja ordenar exclusivamente en la sociedad industrial. Compárense las advertencias de Raymond Firth y Peter Townsend en: Paul Halmos (edit.), The Development of Industrial Society, Keele Staffordshire 1964, pp. 65ss. y 89ss. Sabemos aquí sobre eso tan poco, que probablemente una mutua dependencia estructural entre familia y orden social tendrá que permanecer siendo una característica importante del orden social diferenciado. Tanto más cuidadoso se debe ser cuando del Art. 6 GG se concluye una Constitución de la familia o una Planificación de la familia.

[43] Buenas observaciones sobre el nexo entre individualización (= autonomía) de la vida familiar y la diferenciación social se encuentran en G. A. Kooy, Urbanization and Nuclear Family Individualization: A Causal Connection? Current Sociology 12 (1963/64), pp. 13—24. Mientras que la discusión dominante se debate de manera bastante estéril entre los conceptos difusos de estatización e industrialización y los efectos que producen en la vida familiar.

[44] Debe tan sólo recordarse el ominoso § 53 de la ley del matrimonio de 1938, según el cual el cónyuge podía pedir el divorcio por la infertilidad del otro. Un contra ejemplo radical muy instructivo es la disposición de las comunas chinas de tratar de hacer que el desarrollo técnico lo llevaran a cabo las familias, según el modelo de la pequeña familia europea, la cual daba muestras de ser adecuada para el proceso industrial. Véanse los datos en Wilhelm J. Goode, World Revolution and Family Patterns, Nueva York-Londres 1963, pp. 270ss. Esto se vuelve comprensible cuando se piensa contra qué tradición familiar tuvo que enfrentarse la Revolución china. Véase para esto también C. K. Yang, A Chinese Village in Early Communist Transition, Cambridge Mass., 1959.

* "El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal"; "El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes".

correspondientes a su situación económica. Lo cual naturalmente no significa que la significación constitucional de estas preguntas relativas a sistemas no-políticos no tenga importancia. Lo mismo es válido para los programas de administración del Ministerio de la familia. El legislador constitucional, que quiso regirse por las ideas dominantes (en el art. 6 y compárese también con el art. 3 par. 2),* se sobrepasó tanto jurídica como políticamente. Tampoco es correcto ver que estos dilemas tengan que enlosarse elevándolos a categoría constitucional.[45] Más bien este entendimiento de la función de los derechos fundamentales tiene el peligro de caer en la politización de la familia: por ejemplo, si se toma el artículo sobre la familia como prueba fehaciente de legitimación o, todavía mejor, de integración del orden político y se hace un programa político de apoyo familiar y se propone como motivo para tomar decisiones electorales. Mientras que el verdadero conflicto entre familia y sistema político —por ejemplo en el caso del servicio militar y del encarcelamiento del padre o la madre de niños pequeños— se evade totalmente.[46]

Por el contrario, el verdadero fin de protección de los derechos fundamentales está en las dos funciones mencionadas de la familia —una dirigida a la individualización de la presentación de sí mismo; otra, a la civilización de las expectativas de comportamiento. Se protegerá primero a la familia como el lugar de la presentación personal, como el espacio para ejercitar la expresión del estar convencido de sí, como el vestidor para probarse los diferentes roles sociales, que sólo pueden portarse con gusto y estilo personal —mientras en otra parte se tiene la oportunidad de presentarse y ratificarse en todos los roles. Por otra parte, sirve la familia para preparar el proceso civilizatorio del aprendizaje y capacitación de los roles en la medida en que ofrece al niño la oportunidad de formar su personalidad y de

[45] En este contexto son muy instructivos los datos ofrecidos por Scheffler (cap. 5 nota 28): de 250 quejas sustentadas en el Art. 6 GG de la Constitución, hasta ese momento sólo se habían resuelto dos y 25 (que presentaban el mismo problema) estaban todavía por decidirse: una clara prueba de las fantasías que despierta en los juristas el art. 6.

[46] La señora Scheffler —por otra parte defensora de la familia— encuentra descaminado en vista del art. 6 GG tomar en cuenta la familia del presidiario, aun cuando fuera tan sólo para escoger el lugar del cumplimiento de la pena. Con mucho más cautela, Ingo von Münch, Die Grundrechte des Strafgefangenen, Juristenzeitung 13 (1958), pp. 73-76 (75).

interiorizar en el alma valores de comportamiento con naturalidad y sin vacilaciones —base sobre la cual todo proceso posterior de aprendizaje y adaptación se apoyará, pero que también servirá de límite. El derecho fundamental a la familia no deja ordenarse ni en el círculo temático del capítulo anterior ni tampoco en éste. Su particularidad se halla en que su problema de referencia alude a los dos capítulos.

6
La monetización de la satisfacción de las necesidades: propiedad y profesión

Todo ser humano está dirigido para la satisfacción de sus necesidades a disponer sobre cosas —o sobre seres humanos como si fueran cosas. Esto es válido para todo tipo de necesidades, sean esenciales para la vida o sólo se presenten en la forma de deseos a los que puede más o menos con facilidad renunciarse. Vamos a designar como 'economía' al orden societal de las comunicaciones que regula esta disposición sobre las cosas, y en este capítulo la trataremos en el contexto de la institución de los derechos fundamentales.

Con esto no relacionamos el concepto de economía —como sucede frecuentemente en el hablar ordinario— con un tipo especial de necesidades humanas (por ejemplo, necesidades materiales)[1] ni con un tipo especial de valores, ya que la delimitación de esas necesidades económicas específicas (valores o fines) tiene serias dificultades. Y dado que esa delimitación no es posible, el aspecto distintivo de lo económico no puede sustentarse en una racionalidad instrumental o, todavía con más precisión, en una racionalidad orientada por fines.[2] Toda necesidad humana, esto es, todo motivo

[1] Para la crítica de esta versión compárese Lionel Robbins, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2ª ed., Londres 1952, pp. 4ss.

[2] Teorías científicas económicas como p.ej. esta de Robbin (cap. 6 nota 1), que se orientan en la delimitación de su objeto tan sólo por el esquema fin/medio y por ciertas premisas

experimentado de utilizar cosas puede ser relevante desde el punto de vista económico. Algunas veces una necesidad 'inmaterial' —como por ejemplo, ver la puesta de sol de Pincio— presenta muchos más problemas económicos que una simple cena. No vemos lo económico de estos procesos en la necesidad misma y tampoco en la operación puramente física de su uso o en el aspecto tecnológico de la producción, sino en la circunstancia de que el dispendio que se hace necesario para satisfacer necesidades requiere comunicación —la cual regula, según un orden determinado, la disposición sobre las cosas. Con eso excluimos de nuestro concepto de economía todos los problemas de satisfacción de necesidades que un Robinson tendría que resolver.[3]

La razón última de que para el uso de cosas es necesaria la comunicación actual o potencial está en la infrecuencia de las cosas convenientes. Esta escasez estructura las situaciones sociales en vista de las posibilidades de luchar o de cooperar por las cosas y sugiere, en definitiva, aquel descubrimiento genial de la competencia cooperadora: el intercambio. Competencia, cooperación y situaciones de intercambio tienen una estructura de comunicación

---

formales del orden de los valores, tienen la tendencia a desembocar en una lógica general de la decisión. Compárese para esto Hans Albert, Marktsoziologie und Entscheidungslogik: Objektbereich und Problemstellung der theoretischen Nationalokonomie, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 114 (1958), pp. 269-296. Véase también de él: Die Problematik der okonomischen Perspektive, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 117 (1961), pp. 438-467 (441ss.).

[3] Con ello también todo tipo de producción primaria que hoy día sólo se da bajo la forma de pesca y caza deportiva —y aun aquí la entrada a ese tipo de producción supone un costo económico muy alto. Si se quiere incluir esa operación en el concepto de operación económica, debería de utilizarse un grupo más reducido de necesidades como característica de la definición. Tampoco finalmente convenció el rodeo intentado por Weber (cap. 5 nota 18), pp. 31ss. y pp. 199ss., de llamar económico a todo comportamiento orientado a posibilidades escasas de utilización, dado que el concepto de escasez —en tanto no se refiera a la oscuridad del sol como objeto edificante e instructivo— debe precisarse o en vista de necesidades determinadas o en vista de la competencia social y posibilidades de satisfacción. En lo que sigue utilizaremos el concepto de escasez no para señalar una orientación del actuar (y en este sentido una característica que define a la economía), sino sólo para explicar el hecho de que todo gasto necesariamente presupone comunicación actual o potencial. No se pone a discusión si el excluir la solitaria producción originaria sea compatible con una teoría racional económica. Compárese para esto la confrontación con el modelo "Robinson-Crusoe" de John von Neumann/Oskar Morgenstern, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, trad. alemana de la 3ª ed. Würzburg 1961, pp. 9ff. Para una sociología de la economía no hay allí sacrificio sino necesidad.

que —mediante la institucionalización de las expectativas del comportamiento— puede regularse de forma que cada vez se satisfagan más necesidades. Se excluirán ciertas formas de lucha, así que se hará posible la formación de reservas, la posesión a largo plazo de cosas calculables —en definitiva, pues, formación de capital. La cooperación tendrá que planificarse —en definitiva, pues, ordenamiento estable de la división del trabajo. El intercambio se liberará mediante la utilización indirecta de un medio de intercambio —en definitiva, pues, dinero— de las situaciones en que se encuentran enlazadas aleatoriamente las situaciones de necesidad y las posibilidades de satisfacción. En este proceso de desarrollo se liberan instituciones especialmente adecuadas para las comunicaciones sociales, que llevan a una alta medida de satisfacción de las necesidades. La sociedad forma instituciones funcionalmente específicas para la economía y, finalmente, un subsistema funcional de la 'economía', que en muchas situaciones sigue reglas de comportamiento autónomo.

La versión de la economía como estructura comunicativa de satisfacción de necesidades arroja luz sobre el hecho de que el aspecto económico de la acción, en un principio, está institucionalizado formando una unidad con aspectos de roles familiares, religiosos, jurídicos y políticos.[4] La institucionalización resulta en vista de fines muy parecidos al aseguramiento de la posesión y a la cooperación en la producción. Para ello se sirve de vínculos familiares y políticos. Su representación normativa del mundo no se deja describir unilinealmente como religiosa, moral, jurídica —porque es todo eso al mismo tiempo. Sólo el descubrimiento y expansión de un medio de comunicación específico para la economía (el dinero) permitió la sistematización de la economía. Se vuelve relativamente autónoma en la medida en que —en calidad de "technical substitute for god"—[5] hace de este medio de comunicación (dinero) su principio sistémico.

[4] Véase como muestra de investigación cultural antropológica, p.ej., Bronislaw Malinowski: Argonauts on the Western Pacific, Londres 1922; Raymond Firth, Economics of the New Zealand Maori, 2ª ed. Wellington, New ZeaLand, 1959; ídem., Primitive Polynesian Economy, Londres 1939; de él también: Malay Fishermen: Their Peasant Economy, Londres 1946 (especialmente pp. 24ss.).

[5] Así Kenneth Burke, A Grammar of Motives (Meridian Books), Cleveland-Nueva York 1962, pp. 108ss.

Mediante la institucionalización del medio de comunicación dinero, el problema de la existencia elemental del hombre se redefinirá en términos de un problema de escasez. Se separará del horizonte de la naturaleza donde aparece, sobre todo, como incertidumbre de la consecución, como acontecimiento enemigo de la naturaleza, como fracaso de los medios de ayuda, etcétera —y por eso, vivenciado en forma religiosa— y se situará en la sociedad. La escasez económica será ahora escasez de dinero, cuya suma total se institucionalizará como constante.[6] Con ello en principio se vendrá a solucionar el problema de la inseguridad de la satisfacción de las necesidades. La acción humana de aportar y consumir bienes se orientará por la escasez de dinero y, en esa medida, se separará del contexto de motivación personal-individual. A pesar de lo diverso del engranaje de roles y de las estructuras de motivación, la acción en el contexto económico será traída a un denominador común y se hará calculable.[7] En los roles del sistema de la economía el ser humano actuará según sus condiciones. Mediante este proceso de diferenciación de la economía se produce un sistema de roles para el comportamiento racional —sea cooperativo o competitivo— con cuya ayuda las necesidades en general podrán satisfacerse de manera más eficaz.

El dinero es la abstracción de posibilidades de intercambio que se hallan en la sociedad. Esta abstracción posibilita una partición cuantitativa (y por eso artificial) y una repartición vinculante conforme a reglas determinadas de las posibilidades totales. Mediante esto el dinero adquiere la estructura característica y la función de un

[6] Como suceso paralelo conocimos ya (arriba pp. 91ss.) la institucionalización de la contabilidad del tiempo. En el sistema político la función correspondiente la asume la suma constante de poder. Para esto adelante p. 151.

[7] En esa medida la teoría clásica de la economía tenía razón en exigir validez empírica para el modelo del ser humano económico racional. Su razón era, sin embargo, relativa a la separación de los roles sociales. Cubría sólo la diferencia de motivación de la negligencia individual y extra económica, pero no la superabundancia del conocimiento humano y de su capacidad de búsqueda —que fue característica de la teoría clásica. Para la institucionalización de los propios intereses como requisito del rol propio del sistema económico y para la neutralización (¡no suspensión!) de las diferencias de motivación personal que allí se presentan, compárese también Talcott Parsons, Die Motivierung des wirtschaftlichen Handelns, en: ídem, Beiträge zur soziologischen Theorie, trad. alemana. Neuwied — Berlín 1964, pp. 136-159.

lenguaje: permite en sus acciones guías de comunicación, apartar de lo concreto un nivel general de definición del sentido y de reglas de aplicación.[8] Así el dinero puede llenar su conocida doble función de ser medida de valor y medio de intercambio. Como medio de intercambio permanece siendo medio de ayuda para satisfacer necesidades, pero podrá abstraerse como posibilidad indirecta y con ello se convertirá en estándar de control normativo, de regulación y distribución de valores. Mientras que los medios de satisfacción cercanos a las necesidades, como los artículos de consumo o los instrumentos, pueden manejarse sólo a partir de sus fines, el potencial del medio se regulará según la medida del sistema repensándolo como dinero. Con ello se reemplazan las formas antiguas de conducción ética de la acción: el dinero es un medio indiferente con respecto a los fines, de valor neutral, pero dependiente de manera altamente sensible del sistema.[9] En esa medida la economía se convertirá en sistema por el dinero.

Cuando el dinero se institucionaliza (hoy se diría se organiza) como lenguaje especial garantiza una alta seguridad de posesión abstracta de valor en relación con las posibilidades indeterminadas de intercambio con las que puede contarse: no será necesario conocer las prestaciones del intercambio, las contrapartes de la compraventa, los lugares, el estado del tiempo y las condiciones de intercambio. Necesidades y prestaciones de servicios no necesitan ya presentarse *ad hoc*. Las posibilidades de intercambio se podrán acumular entonces como capital sin quedar referidas a necesidades o a servicios. La posibilidad de comunicación 'dinero' se hará como tal objeto de comunicaciones sobre posibles comunicaciones. En ese aumento de abstracción es como se ganan las ventajas organizacionales de lo indirecto.

Esta abstracción del potencial económico no repercute sólo en el establecimiento de 'mercados' cada vez más grandes y de intercambios cada vez más indirectos —con los que la economía

[8] Este entendimiento importante se debe a Parsons. Compárese Parsons (cap. 1 nota 12 —1961—), pp. 51s., 66 y (cap. 3 nota 9), pp. 38ss.

[9] También en esta perspectiva existe un paralelo exacto para pensar de otra manera la coacción de la fuerza física del poder legítimo, a lo cual vendremos con más detalle adelante p. 139ss.

se entiende crecientemente a sí misma como sistema de comunicación.[10] Posibilita, además, que se disponga de un medio de motivación más abstracto para la producción, la prestación de servicios, la administración de las organizaciones. Dado que el dinero nivela la estructura de las necesidades y la hace independiente del tiempo —en este sentido la necesidad de dinero es siempre escasez crónica— puede, mediante el dinero, llegar a motivarse regularmente el trabajo haciéndolo independiente de las necesidades actuales.[11] Y dado que el dinero no sólo es escasez crónica sino también, en todo momento, poder de compra del mercado, los grandes consorcios pueden producir para el mercado y no sólo para las necesidades concretas (sentidas o comunicadas) y racionalizar su conducta a largo plazo en previsión relativa de posibilidades de ganancia. El dinero desplaza las necesidades del ser humano de la dependencia del tiempo punto por punto. Con eso se ha vuelto posible que las ciencias de la naturaleza moderna se pongan al servicio de la producción de bienes —cosa que colateralmente ha llevado a que casi todos los objetos necesarios para el ser humano puedan comprarse y que se vuelva inevitable estarlos renovando de manera permanente. Por la estructura económica de la comunicación la esfera total de los objetos (incluyendo la propiedad inmobiliaria) junto con el trabajo humano se monetiza. El dinero se convertirá en el símbolo por antonomasia de lo útil y toda relevancia económica se expresará en esencia como suma de dinero.

El cierre transitorio que posibilitó esta diferenciación de la economía, mediante la institucionalización del mecanismo del dinero, parece encontrarse en el momento en que se renuncia —al menos en el plano de todo el sistema— a la representación y al tratamiento del símbolo del dinero como bien de intercambio con valor propio. Lo que ya habíamos visto en la discusión sobre el paso

[10] Compárese Karl Polanyi/Conrad M. Arensberg/Harry W. Pearson, Trade and Market in the Early Empires, Glencoe 111. 1957, un estudio que estimuló mucho la reconciliación de las ciencias económicas con la sociología. Véase para esto también Neil J. Smelser, A Comparative View of Exchange Systems, Economic Development and Cultural Change 7 (1959), pp. 173-182.

[11] Véase de manera más completa Luhmann (cap. 1 nota 11), pp. 93s.

del derecho natural al derecho positivo[12] también aquí se convalida: aceptación de valor siempre significa vínculo con lo precedente y, en ese sentido, renuncia a un dominio racional. Sólo mediante la suspensión de la idea del valor propio del símbolo del dinero se vuelve el dinero medio racional (aunque no facultativo) y variable de conducción de la economía, y con eso su valor y su función vienen a caer en la dependencia de las decisiones estatales. De esta manera la economía se conduce en planos muy generales como sistema —entendimiento que desde Keynes es propiedad irrenunciable de la ciencia económica— sin que sea necesario irrumpir en la estructura concreta de los roles, la distribución de los bienes, las pretensiones legales.

Estos esbozos rápidos del desarrollo de la economía hacia una estructura especial de comunicación debieron ponerse como premisas[13] para poder así iluminar la problemática de la relación entre Estado y economía y también para ilustrar la función de ciertos derechos fundamentales en relación con esta problemática.

Estado y economía se benefician cuando, en el orden social, se concentran y se autonomizan como sistemas de acción con formas específicas comunicativas en una relación problemática de mutuas interdependencias, que pueden tratarse en dos distintos planos de abstracción. En el plano de las prestaciones específicas, la burocracia estatal se hace dependiente de pagos en dinero, es decir, de prestaciones puntuales pagables con dinero de la economía.[14]

[12] Compárese arriba p. 40.

[13] Compárese también Eduard Heimann, Soziale Theorie der Wirtschaftssysteme, Tübingen 1963, quien bajo “sistema económico” entiende no sólo la economía social liberada, sino al mismo tiempo el presupuesto de un primado de la economía, en el sentido de que a partir de ella se determinan los valores más altos de la sociedad. Detrás de eso se encuentra la hipótesis interesante (aunque difícil de probar) de que la economía por su independencia necesariamente conserva el primado social, ya que la imposición de su autonomía le permite disponer de excedentes económicos —lo cual significa: acumular capital.

[14] Para las crisis —que son inevitables— del sistema político cuando en la sociedad no hay suficiente capital disponible, compárese Eisenstadt (intr. nota 10). No sólo debe haber capital sino “circular” ya que desde el punto de vista de la técnica impositiva, los impuestos apenas son concebibles sin movimiento. La naturaleza racional del Estado impositivo moderno se enlaza a procesos de pagos. Compárese aquí el libro (digno todavía de leerse) de Joseph A. Schumpeter, Die Krise des Steuerstaates (1918), reimpr., en: ídem, Aufsätze zur Soziologie, Tübingen 1953, pp. 1-71.

El dinero disuelve aquí las viejas bases de los medios políticos de reclutamiento: coacción y fidelidad. Como medio generalizado entra en lugar de las relaciones particulares, con la consecuencia de que su utilización para fines políticos causa menos conflictos de roles.[15] La economía, por su cuenta, recibe del Estado las decisiones vinculantes sobre los problemas: sobre todo (aunque no sólo) las resoluciones judiciales, las decisiones de ejecución de la burocracia estatal[16] y todas aquellas decisiones que influyen en la disposición del dinero.[17] Estas disposiciones de prestación mutua entre economía y Estado no se motivan en calidad de 'intercambio'. La independencia, objetividad y neutralidad de las decisiones sobre los problemas estatales con sus prioridades decisivas[18] (así como la racionalidad del negocio económico) se basan en que las decisiones sobre las posibilidades concretas del intercambio se hagan de manera independiente. Relaciones particulares de intercambio con el efecto de que las decisiones estatales se aceptaran o rechazaran según lo que cada cual ofreciera, meterían en el entorno una inseguridad tan grande para el Estado y para la economía, que no podría establecerse ninguna organización mayor que trabajara racionalmente.[19] Por eso

[15] Pueden imaginarse los efectos de relajación cuando se piensa en el caso límite en donde el financiamiento del Estado se debilita: el servicio militar. Aquí los problemas que surgen del conflicto entre exigencias impuestas políticamente y los roles de familia (roles profesionales, roles económicos y posición individual personal) quedan sin solucionarse y deben resolverse ad hoc.

[16] Véanse para esto especialmente las investigaciones de Max Weber sobre el desarrollo del capitalismo bajo el cobijo de una administración estatal de índole formal y racional: Wirtschaft und Gesellschaft (cap. 5 nota 18), pp. 181ss., 387ss., y Wirtschaftsgeschichte, München — Leipzig 1923, pp. 289ss.

[17] En razón de que las decisiones estatales dependen del dinero se podría postular desde el punto de vista estrictamente jurídico una "Teoría estatal del dinero". Compárese el trabajo de Georg F. Knapp publicado con ese título, Leipzig 1905. Aunque esto en realidad dice poco sobre las fuerzas complejas que fácticamente determinan la capacidad funcional del dinero.

[18] Sean enunciadas tan sólo: (1) la capacidad abstracta de programación (= delimitación racional de la necesidad de información); (2) previsibilidad con respecto al entorno (= la posibilidad de formar sistemas en el entorno); (3) mejores oportunidades de reconocimiento al presentarse como legítimo (= descarga del aparato coercitivo del Estado).

[19] Un ejemplo vivo lo presentan algunos países en desarrollo con su problemática de corrupción, la cual es difícil de solucionar por muchas razones —no por último debido a que la conducta de intercambio está institucionalizada como prototipo del actuar y muestra poco entendimiento por las formas más fuertes de generalización de la racionalidad del sistema y no se diga por la complementariedad del rol. Compárese p.ej., Ralph Braibanti, Reflections

la interdependencia entre Estado y economía no puede organizarse bajo la forma de intercambio. Debe sacar sus motivos para actuar y sus racionalidades de contextos sistémicos, cada uno establecido con prestación específica propia y generalizado como sistema —aunque como tal siga siendo dependiente del entorno. En los órdenes sociales altamente diferenciados las interdependencias se mediarán a través de interdependencias muy indirectas entre sistemas.

Por estas razones es necesario, como ya se ha mencionado, distinguir dos planos de abstracción para entender el entramado de prestación entre política y economía. Política y economía son dependientes no sólo por la prestación particular sino por ser sistemas. No deben únicamente ofrecer prestaciones en mutua referencia sino deben mostrar sobre todo una política de respeto por el principio generalizador del otro bando.[20]

La economía, si no quiere sacrificar los propios intereses a sus intereses más inmediatos, debe respetar el proceso político de la formación de poder legítimo, el cual carga con las decisiones vinculantes del Estado. Debe atender al principio allí contenido de generalización de los intereses y no caer en la tentación —contenida en su propia estructura descentralizada— de comercializar el intercambio especial de las ventajas específicas. Debe reportar, con otras palabras, sus intereses de manera que el Estado sea capaz de cargar con la responsabilidad política y jurídica de una decisión. El Estado, a su vez, debe respetar las condiciones del principio de comunicación de la economía, el dinero. En relación con esto pueden señalarse algunos puntos sobre la función de los derechos fundamentales económicos, en especial sobre el derecho de propiedad.

Esta función no cristaliza en la formalidad de una "economía constitucional". Si se entiende por Constitución un orden

---

on Bureaucratic Corruption, Public Administration 40 (1962), pp. 357—372; Riggs (intr. nota 10), especialmente pp. 98ss.

[20] Formulaciones antecedentes de este punto de vista se encuentran tanto en Eisenstadt (cfr. nota 14) como en Weber (cfr. nota 16): mientras Eisenstadt subraya la diferencia del sector económico (por tanto una secuencialidad) como precondición de la autonomía del sistema de la política, Weber, por el contrario, recalca la racionalización de las formas jurídicas de decisión estatales (y esta es otra secuencialidad) como precondición del desarrollo del sistema económico capitalista moderno.

normativo de leyes positivas, que de manera vinculante prescribe las estructuras más significativas de las reglas de comportamiento de un sistema de acción, entonces apenas puede aceptarse que el sistema parcial de la sociedad (economía) se ordene por la Constitución.[21] El principio sistémico de la economía es el dinero. El dinero no necesita de una Constitución en el mismo sentido que el principio del sistema político, el poder: el dinero es medio de influencia que en principio presupone consenso en cada caso particular y por eso no necesita quedar atado. Cierto es, como ya lo hemos visto, que el dinero depende de las decisiones estatales sobre los problemas, pero no en el sentido en que el sistema político presupone su propia Constitución, sino en el sentido en que todo subsistema de la sociedad (especificado funcionalmente) debe presuponer las prestaciones de los otros subsistemas. Se desvanecería esta importante distinción si se quisiera designar como Constitución de la economía[22] la decisión de la burocracia estatal sobre problemas que la economía debe reconocer en todos sus niveles de importancia. Por eso evitaremos el concepto muy discutido de 'economía constitucional',[23] sin que lleguemos a la posición absurda de que la economía no necesite or-

[21] Otros conceptos de ley orgánica permiten tomar distintas posiciones. Cuando con Krüger (cap. 2 nota 4), pp. 575s., al concepto normativo se contrapone uno fáctico de Constitución sustentado en "una cierta igualdad, continuidad y regularidad de la actividad económica de un grupo", naturalmente que cada economía tiene su ley orgánica. En este sentido la literatura científico económica habla frecuentemente de leyes orgánicas económicas. Cfr. p.ej., B. Herbert von Beckerath, Politische Wirtschaftsverfassung, Schmollers Jahrbuch, en homenaje a Werner Sombart, 1932, pp. 258—276.
[22]Desvanecida por ejemplo es la pregunta de Krüger (cap. 2 nota 4), p. 579: "¿Debe el Estado emitir una ley orgánica económica?" (comillas puestas por mí). Culpable de esta falta de claridad es el concepto clásico alemán de Estado, el cual obstaculiza que se vea al sistema político como un sistema parcial de igual rango que el sistema de la economía.
[23] Cfr., Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, vol. I Tübingen 1953, pp. 20ss.; ídem., Der Streit um das Wirtschaftsverlassungsrecht, Die offentliche Verwaltung 9 (1956), pp. 97-102, 135-143, 172-175, 200-207; Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 11 (1954), pp. 1 a 74; Kurt Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, en: Karl August Bettermann/Hans Cari Nipperdey/Ulrich Scheuner (eds.), Die Grundrechte vol. III, 1 Berlín 1958, pp. 1-90; Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München 1960, pp. 178ss.; Hans C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2ª ed., Köln — Berlín — München — Bonn 1961; Krüger (cap. 2 nota 4) pp. 575ss., y especialmente la valoración de las controversias actuales hecha por Ehmke (intr. nota 13 — 1961 —), pp. 7ss.

den alguno o que pueda funcionar sin la seguridad de un trasfondo de vinculación de las decisiones estatales.

En vano se buscará en algunas secciones de los derechos fundamentales, así como en la misma Constitución, la prescripción que funda (y en ese sentido 'constitucionaliza') la estructura de comunicación de la economía, el dinero.[24] El sentido de la protección de la propiedad y otros derechos de libertad de relieve monetario no está en fundamentar la índole del dinero —así como tampoco la protección de la dignidad asegura la presentación de sí mismo o como los derechos a la comunicación garantizan la civilización de las expectativas del comportamiento. La función de los derechos fundamentales consiste sobre todo —como lo hemos tratado en casos anteriores y en paralelismo sorprendente— en proteger la diferenciación social (es decir, la pluralidad de trayectorias de generalización de la estructura comunicativa) en su diversidad contra tendencias de fusión simplificadoras —como son de esperarse por parte del sistema político y, naturalmente, por parte de otros sistemas parciales de la sociedad.

Los peligros que provienen del sistema político contra el funcionamiento autónomo de la comunicación económica son, por muchas razones, intensos. La burocracia estatal mediante su competencia de decidir vinculantemente puede con fuerza influenciar la economía. Puede ir tan lejos que puede estatizar todo el sector productivo de la economía y gravar de manera general el consumo cargando con impuestos a la producción y a los salarios. En la medida en que esto ocurre se superpone a la economía otra estructura de motivación, la cual en principio se basa en circunstancias de participación interna estatal sobre consideraciones de poder y el dinero sólo se utiliza en su función específica de ser billetes en blanco.

[24] Por eso Nipperdey (cap. 6 nota 23) sólo puede sacar la 'ley orgánica' especialmente del derecho de libertad del art. 2 ap. 1 GG, porque él simplifica la imagen de la economía recurriendo al concepto propagandístico de 'economía social de mercado'. En la realidad no son los derechos fundamentales los que separan Estado y economía y con eso vengan a prescribir la economía, sino los principios divergentes de generalización de la comunicación: dinero y poder político. Los derechos fundamentales sirven para mantener esta separación contra los peligros que resulten precisamente de dicha separación.

Aun cuando no se tome (o no consecuentemente) este camino, el sistema político tiene ante los ojos en sus decisiones una relación distinta de fin/medios y otros horizontes de tiempo que la economía, por eso se inclina a decidir no conforme al mercado —por ejemplo, confiscar en vez de comprar. Así la inseguridad propia de la burocracia en estos aspectos obliga a la economía de algunos países-en-desarrollo a planificar a corto plazo de manera no racional: por ejemplo, obtener del negocio ganancia extraordinaria en poco tiempo, lo que impide la función de formación de capital.

Finalmente debe considerarse que la burocracia estatal, por el volumen de dinero y de bienes en dinero sobre los que dispone, es un socio económico muy poderoso —por no decir el más poderoso. Su relación con el dinero puede traer consecuencias relevantes en la economía que no pueden absorberse ni neutralizarse. Su potencial económico es tan grande y su capacidad de centralizar decisiones con consecuencias masivas tan eficiente, que no puede permitirse, como otros sujetos económicos, tomar el dinero simplemente como medio para la obtención de un fin. La caracterización de un factor causal como 'medio' no dice otra cosa que reducir el horizonte de valor orientándose hacia un fin específico haciendo a un lado otros aspectos de valor de las consecuencias del actuar.[25] Una neutralización así de las consecuencias sólo las puede realizar alguien que actúa en un marco institucional específico. En el ámbito de la economía, la institución dinero garantiza esta posibilidad de utilizar el símbolo del dinero normalmente como puro medio. Este marco de garantía del actuar cotidiano se sale de cauce cuando el actuar toca la institución misma, cuando el umbral de efectos que pueden compensarse sobrepasa al sistema de la economía como sistema. Este sobrepasar puede suceder mediante efectos 'azarosos' de la acción particular —la conocida problemática de la coyuntura— pero también como consecuencia de la utilización masiva de medios 'no-económicos' a través del sistema político.[26]

[25] Cfr. Arriba p. 87.

[26] Que el sistema político precisamente mediante un actuar no-económico pueda desprender políticas de coyuntura favorables es consecuencia de este contexto. La paradoja aparente se disuelve cuando se distinguen los dos planos arriba descritos de interdependencia entre Estado y economía, es decir, las relaciones específicas de prestación y las interdependencias

El sistema político, en su trato con el dinero, no debe perder de vista la función del dinero en el sistema de la economía. El sistema político, quiéralo o no, por su capacidad de decidir y por su potencial económico no sólo tiene responsabilidad de utilizar el medio del gasto de manera moderada (exigiendo, pues, mínimamente a la economía), sino de mirar más allá de eso por la institución central (conformada como sistema) de la economía, el dinero. Esta responsabilidad implica que el Estado debe tratar al dinero no sólo como medio para satisfacer necesidades, sino como institución altamente sensible con efectos complejos en todos los ámbitos de la sociedad.[27]

La *institución jurídica de la autonomía del Banco central* se refiere a la problemática de conservar la separación y la interdependencia plena de sentido de Estado/economía (poder-político/dinero) —disposición que ha alcanzado relevancia a partir de que se ha dejado de lado el patrón oro. Se trata por tanto de algo relativamente nuevo y que apenas se está discutiendo su importancia constitucional.[28] La autonomía del Banco central (en Alemania el Deutschen Bundesbank)[29] tiene en realidad alcance reducido, dado que sólo cubre un mínima parte de las decisiones estatales que influyen en

del sistema. El Estado puede cargar a la economía con tareas no-económicas para compensarla como sistema.

[27] La mencionada 'excitabilidad' del dinero se deja reducir a su cualidad de ser *medio generalizado de comunicación*. Se trata de una capacidad de estimulación que en principio es del mismo tipo que la excitabilidad de la dignidad o que la excitabilidad para formar expectativas por parte de la autoridad. En todos estos casos puede la generalización ser parcialmente ficticia sin que pierda efectividad. Se basa en parte en una confianza al descubierto. Potencia los efectos de la comunicación: dar más dinero los bancos del que pueden hacer efectivo, presentarse a sí mismo con pureza que no cuadra con la realidad, emplear autoridad en pronunciamientos que no pueden comprobarse —este vivir a crédito es base de un gran éxito, pero al mismo tiempo de un gran peligro. Estos engrandecimientos aun cuando se detecten funcionan en tanto se tenga confianza en que nadie sacará consecuencias de ese ser detectados —porque todo mundo sabe que a pesar de todo funcionan. Con nuestra antigua virtud moral de la "sinceridad" o del "ser más que el parecer" no se hace justicia a artificios de este tipo. Quizás haya en ellos una especie de 'trascendencia' que nosotros en la filosofía de la metafísica ontológica vanamente buscamos.

[28] Compárese Hans-Joachim Arndt, Politik und Sachverstand im KreditwShrungswesen: Die verfassungsstaatlichen Gewalten und die Funktion von Zentralbanken, Berlín 1963, especialmente. pp. 203ss., con más indicaciones.

[29] Según el § 12 enunciado 2 de la Ley del Banco Central del 26. 7.1957.

la moneda frente a otras consideraciones de política monetaria. De la propia naturaleza de la cosa resulta que no todas las decisiones estatales relevantes para la moneda, salidas del entramado de la política general y de la administración, pudieran quedar bajo la responsabilidad de un órgano autónomo. Ya sería suficiente con que el Banco central llenara la función de un sistema cibernético de regulación y que protegiera a la moneda contra el sobrecalentamiento o sobre-enfriamiento como un termostato: no sólo interviniendo y dominando todo, sino observando y compensando.

En ese sentido la autonomía del Banco central tiene sólo significado organizativo y procedimental. No es ningún derecho fundamental sino sólo equivalente de un derecho fundamental —sin que hasta ahora la Constitución le conceda ninguna garantía. Se lo puede comparar con la independencia de los tribunales. Aunque en el derecho material no hay hasta ahora ningún derecho colectivo fundamental a una moneda estable o con capacidad de función.[30] Este problema, necesitado en el fondo de reglamento, tiene rango constitucional —con el mismo derecho que los otros problemas aquí tratados que surgen de la diferenciación social. El problema de la preservación del dinero deja el lugar abierto para un posible derecho fundamental. Falta, sin embargo, que el derecho positivo lo desmolde y para esto existen motivos.

La ley fundamental tiende claramente a la construcción de puras frases programáticas que proclaman la buena voluntad y juridifican los derechos fundamentales en vista de una posible protección de la ley por parte de los tribunales. Precisamente en esto es donde estaría el déficit de un derecho fundamental así. Ya que de nuevo queda abierto lo que exige la capacidad funcional del dinero y dónde están sus límites. Seguro que no es necesaria una función de estabilidad absoluta del dinero por parte del Estado, calculada según un estándar arbitrariamente escogido. Una devaluación progresiva puede traer incluso muchos beneficios económico políticos.

[30] Así sin embargo Arndt (cap. 6 nota 28), pp. 204ss. Cfr. también Otto Veit, Pecunia in ordine rerum, Ordo 6 (1954), pp. 39-77 (70ss.). Véase además el intento de Nipperdey (cap. 6 nota 23), pp. 41s., de colegir del principio del Estado social un deber (¿procesable?) para mantener el poder de compra del dinero y la estabilidad de los precios.

Si se quita la medida absoluta se sacrifica con ello el criterio claro y juridificable.[31] Y, sobre todo, la capacidad funcional del dinero (el dinero es médium generalizado) depende de numerosos factores, como para que pudiera hacerse objeto de decisiones justiciables que obligaran a acciones específicas. Lo que se interpone en el camino como obstáculo es precisamente el intenso entretejido de todo tipo de las decisiones estatales con la moneda. Últimamente la política exterior económica —incluso la política económica de otros Estados y de las organizaciones internacionales— gana creciente importancia para la estabilidad monetaria del propio país. Una institución de garantía —que en la praxis jurídica se entendiera como derecho de protección frente a ataques extremos como en el caso del derecho fundamental al matrimonio y a la familia (Art. 6 par. 1 GG)— no sería aquí posible.

En la medida en que la institución del dinero se asegura mediante los derechos fundamentales se protege —en otra forma y de manera indirecta— la disposición individual sobre el dinero (o sobre bienes con valor en dinero) y la base de confianza del sistema monetario frente a las intervenciones del Estado. Este es realmente el sentido de la protección de la propiedad según el artículo 14 GG.* No protege al particular en su personalidad ni en sus necesidades específicas ni le garantiza alimento y resguardo ante las inclemencias del tiempo ni lo equipa con un mínimo de símbolos culturales, sino lo asegura *en su rol de participante en el sistema de comunicación de la economía, porque sin esa garantía el sistema de comunicación no se podría generalizar*.

Esta tesis pone en una luz desacostumbrada para la dogmática interpretativa la protección de la propiedad. Por eso son necesarias algunas aclaraciones.

Desde que al inicio de los tiempos modernos se deja de lado la idea de una fuente del derecho jerárquica y de la protección escalonada del derecho según la medida de las fuentes que lo jus-

[31] Cfr. Otto Veit, Grundriß der Währungspolitik, Frankfurt 1961, pp. 194s.

* “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes”.

tifican,[32] ya no es posible una fundamentación jurídico inmanente de la protección de la propiedad. En el siglo XIX, a pesar de todo, se abandona todo intento por señalar un tipo especial de derechos subjetivos —los tan mencionados *iura quaesita*— no mediante fundamentos de fuentes de derecho sino mediante pruebas de su prestación específica (de su 'causa' en este nuevo lenguaje jurídico), con el argumento convincente de que no es sostenible que todo derecho reconocido como derecho deba a su vez protegerse.[33] Pero cuando el derecho de propiedad y el derecho de protección sucumben ante los intereses públicos,[34] ya no puede obtenerse del derecho ninguna fundamentación específica sobre la protección del derecho —a no ser en la forma tautológica de que el derecho protege al derecho. La expansión constitucional jurídica del concepto de propiedad a derechos de todo tipo[35] trajo una pérdida de fundamento muy especial, con la consecuencia de que la jurisprudencia constitucional sólo se hace practicable con la ayuda del pensamiento formal de la igualdad.[36]

La salida liberal —aún dominante hoy día— que se sostiene sobre esta problemática dice: la propiedad debe ser tenida como derecho individual a la libertad[37] o, todavía más, como condición

[32] Véase arriba el cap. 2 nota 2.

[33] Compárese como algo típico el argumento del Tribunal del Reich en la sentencia del 28.6.1898, RGZ 41, pp. 191ss. (193): "El derecho (de indemnización) se basa en el sacrificio forzoso del derecho individual en aras del bien común y no hay ninguna razón interna evidente de que unas determinadas categorías de derecho privado puedan ser la base de los derechos de indemnización".

[34] Lo que p.ej., Thomas Hobbes (de cive c. 6 § 15, citado según Opera latina (Molesworth, edit.) reimpr. Aalen 1961 vol. 2, pp. 227s.) de manera radical y Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium libri octo lib. VIII c. 5 § 1, edición utilizada: Frankfurt-Leipzig 1744, en forma más suavizada discutieron.

[35] Y hace poco aun incluyendo derechos subjetivos en el derecho público, aunque allí debe distinguirse si lo que se pretende es dar realmente cabida a proteger la propiedad jurídica privada o ser sólo posición de defensa frente a un actuar inconstitucional por parte del Estado. Para esto véase por sobre todos Günter Dürig, Der Staat und die vermogenswerten Berechtigungen seiner Bürger, en: Festschrift für Willibalt Apelt, München — Berlín 1958, pp. 13-57.

[36] Véase sobre todo la sentencia fundamental del Tribunal Superior Federal del 12. 6.1952, BGHZ 6, pp. 270ss. También adelante en nota 49.

[37] Véase p.ej., von Mangoldt/Klein (cap. 4 nota 57) Art. 14 GG Anm. II 4 a; Ulrich Scheuner, Grundlagen und Art der EnteignungsentschSdigung, en: Rudolf Reinhardt/Ulrich Scheuner,

de la dignidad humana.[38] La propiedad se deduce del derecho de la persona sobre sí misma y tiene como 'propiedad privada' una existencia sin significado público o político. Se harán posteriormente consideraciones que contradicen su contenido jurídico en tanto se la limita. La función social de la propiedad, aunque en boca de todos, no se piensa ni en su concepto ni en su fundamentación.

La idea de fundir los intereses de la personalidad con los derechos de disposición económica tuvo, como motivo principal de la pequeña empresa del primer capitalismo, un desarrollo de incalculable significado.[39] Es tan poco congruente con el orden económico actual[40] que sobrevive únicamente por falta de otras

---

Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, pp. 63-162 (63); Günter Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 109 (1953), pp. 326-350 (334ss.). Como formulación fundamental cfr. también Hegel (cap. 5 nota 16), §§ 41 y 45ss. Para la formación de este pensamiento no sólo fue significativo Locke sino también la dogmática continental del derecho subjetivo. Compárese para esto Helmut Coing, Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht en: Helmut Coing (y otros), Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Personlichkeit, Frankfurt — Berlin 1959, pp. 7-23, también en: ídem., Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt 1961, pp. 29-55. Compárese además Villey (cap. 2 nota 5), pp. 249ss. Para los juristas romanos era impensable describir la libertad del propietario o del *pater familias* como derecho, precisamente *porque* no *dependen* del derecho.

[38] Así p.ej., Dürig (cap. 4 nota 18), p. 142. Que la dignidad cueste algo ni se discute. Para su presentación son necesarias cosas con símbolos fuertes, las cuales normalmente sólo pueden obtenerse comprándolas. Al mismo tiempo es necesario mantener una muy fuerte separación entre dignidad y dinero, no sólo porque la Constitución presuponga la inalienabilidad de la dignidad (que esto podría ser un error), sino fundamentalmente porque la manifestación simultánea de cuantía —la notoriedad de la villa lo pone de manifiesto— afecta la impresión de la dignidad: el objetivo de la presentación es la consistencia de la personalidad y no la capacidad de compra.

[39] Entretanto debe considerarse la realidad. El desarrollo económico de entonces estaba dominado por la *empresa familiar*, la cual sólo alcanzaba a separar de manera incompleta el rol de empresario de los otros roles sociales del propietario —sobre todo de los roles familiares. La libertad jurídica del propietario se basa por tanto —como es frecuente en el derecho romano— en otro tipo de dependencias sociales. Sin estas dependencias el propietario apenas si podía crearse la amplitud de un horizonte de tiempo y el apoyo social, necesarios para llevar a cabo grandes cometidos. El incompleto proceso de diferenciación del rol económico del propietario fue un estadio forzoso —aunque ahora ya superado— del desarrollo económico. Véase también Parsons (cap. 1 nota 16), pp. 148s., —y mucho habla a favor de que sin la dependencia jurídica también desaparece la versión de la propiedad como libertad.

[40] Compárese para esto también Fritz Morstein Marx, Eigentum als Machtgrundlage, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 49 (1963), pp. 527-549; además las introducciones fundamentales a la diferenciación de persona y propiedad y el papel del dinero en este proceso

fundamentaciones. Ninguno de sus seguidores la toma tan en serio como para interponer la pregunta crítica de *cuánta* propiedad es necesaria para vivir en libertad y dignidad.[41] Pero sobre todo para dejar de ver por qué la libertad y la dignidad están distribuidas en medida tan horrenda de desigualdad. El argumento conduce directamente al comunismo[42] —a no ser que se arroje una mirada a la puerta trasera de la verdadera razón con la que está provista la protección de la propiedad: la participación libre en el sistema de la economía va necesariamente unida a la desigualdad del resultado.

Podemos, sin embargo, mediante otra fundamentación devolver a la dogmática jurídica su buena conciencia: el artículo 14 GG[43] tiene que ver con esta participación en el sistema de la economía y no con la provisión mínima de bienes, de otra manera no se podrían evitar las preguntas por el cuánto y por la igualdad. Entonces no se entendería por qué símbolos importantes para la dignidad se incautan (por ejemplo, el castillo del parque, tiempo atrás posesión de familia) y por qué objetos que no tienen ningún sentido para la libertad y la dignidad de un hombre rico sólo pueden expropiarse si se indemnizan. También el que la propiedad sea alienable es cosa cuando menos desacostumbrada para el derecho de libertad. Abiertamente la protección constitucional de la propiedad no está recortada a la medida de las necesidades personales del propietario (sólo conceptos oscuros valorativos de libertad y de igualdad pudieran ocultarlo) sino a la medida del rol específico de la comunicación del particular en el sistema económico: poder disponer sobre dinero o sobre objetos valorados en dinero según sus posibilidades, precisadas a partir de reglas específicas y predecibles. La índole del dinero establece la división de roles correspondiente. Sólo se protegerá al propietario en su rol específico de participante

---

en Georg Simmel, Philosophie des Geldes, 3ª ed., Leipzig 1920, pp. 357ss.

[41] Hegel tuvo todavía el valor de intentar fundamentar la 'contingencia jurídica' de esta pregunta, cfr., (cap. 5 nota 16) § 49.

[42] No por casualidad los socialistas ingleses del siglo XIX pudieron invocar precisamente a Locke. Cfr., Neumann (cap. 3 nota 8), p. 45.

[43] El derecho a una provisión mínima se deriva directamente del art. 1 par. 1 y art. 2 par. 1 GG. Así como también el derecho a que públicamente se suministre un mínimo para la existencia no se deriva del art. 14 GG sino del art. 1 par. 1 GG. Cfr., Nipperdey (cap. 4 nota 17), pp. 5ss.

en la economía monetaria —no en el sentido, pues, de protección a su personalidad (ya que esto no aportaría ningún criterio para el tamaño de la protección) sino en el sentido de la capacidad funcional del sistema económico. Esto exige frente al Estado una protección absoluta de las posibilidades de comunicación basadas en el dinero. Sin esta protección no habría ninguna confianza en las abstracciones sobre las cuales se basa el sistema económico y el particular no podría con facilidad renunciar al empotramiento social de su acción económica para venir a depositarla en instituciones de índole no-económica. En resumen: la diferenciación de la economía como subsistemas de la sociedad se pondría en peligro.

El derecho individual de propiedad es con esto —y esta versión debería corresponder a la interpretación de los bienes económicos ofrecida por la ciencia económica— un complejo de aplicación de alternativas que se ordena a través de una estructura de preferencias subjetiva.[44] Se encuentra entretanto en estado de equilibrio en calidad de alternativa actual de donde las demás alternativas arrancan y es, en este sentido, que proporciona el 'máximo' de satisfacción.[45] La sustitución de las otras alternativas se intermediará a través del mecanismo del dinero. Esa capacidad funcional está presupuesta en el derecho de expropiación. La intervención 'expropiatoria' no lesiona el complejo de alternativas aplicables y tampoco al derecho que va unido a eso de juzgar las alternativas individuales en referencia a la máxima satisfacción. Anula sólo un juicio de maximización en tanto remueve el derecho en forma coercitiva. Debe permanecer como excepción, de otro modo la índole jurídica de la decisión subjetiva del manejo de la maximización se anularía.

Este análisis lleva a que la esencia del derecho de expropiación —eso que debe permanecer intocable— deba verse desde la

[44] La justificación última del orden de la propiedad se halla en la subjetividad y en la no-comparabilidad de las estructuras que fijan las preferencias o, si así se quiere, en la incapacidad de verdad de los valores. Véase para esto también Kenneth J. Arrow, Social Choice and Individual Values, Nueva York - Londres 1951. E igual de cuestionable es el intento de justificar la propiedad como valor o en referencia a valores.

[45] El argumento supone una distribución establecida de valores económicos, pero no la justifica. Sería totalmente falso sacar de allí la consecuencia —a no ser que con ello se quisiera superar la ideología de la 'economía social de mercado'— de que la distribución actual de la propiedad trae el máximo de felicidad a todos.

perspectiva de mantener la elección de la preferencia, por tanto desde la perspectiva del valor del dinero. La determinación de la esencia de la propiedad por su valor monetario debe verse en el contexto de la diferenciación social y con la abstracción del concepto de propiedad como derecho (independiente del rol y por eso intransferible) sobre las cosas. La total fusión en un derecho de propiedad abstracto de tan diversos componentes como la exclusividad del derecho, la posibilidad de usufructo, lo inalienable de la disposición testamentaria, es llevadera en un orden social en el cual la economía se ha aislado relativamente como subsistema de la sociedad. Esto supone que la felicidad del matrimonio, el poder político, la formación y la presentación de la personalidad están fundamentados en otros principios y no necesariamente dependen de la propiedad, aunque todos sin excepción presuponen medios materiales que pueden derivarles consecuencias. El orden social está orientado de tal manera, que la economía transcurre relativamente según sus propias leyes. La familia, el Estado, la cultura se han adaptado a determinadas formas y condiciones de acceder a bienes económicos y este acceso se intermedia por el dinero. La propiedad es una función específica de la economía —por ejemplo, la propiedad de la tierra no concede actualmente ninguna potestad jurisdiccional— por eso puede abstraerse y por eso sus límites se establecen primariamente a partir del principio de comunicación y de la medida de valor de la economía: el dinero. De manera contraria, la monetización de la propiedad posibilita la relativa independencia del sistema económico, sin que con ello se destruyan (aunque sí cambien) los vínculos particulares del propietario con su estilo personal o con la familia,[46] y sin que con ello las bases del poder político se derrumben.

[46] Sería totalmente erróneo hacerle el juego al pesimismo civilizatorio en curso, el cual supone que orientarse por el dinero o por abstracciones parecidas acabaría por desintegrar todos los pequeños mundos, los lazos íntimos, las correspondientes situaciones emocionales. La abstracción de orientarse por el dinero significa precisamente lo contrario: que esto *no* sucede, que es posible separar círculos de funciones y honrar y amar el armario familiar —aunque se sabe lo que pasaría de subastarlo. Cfr., para esto las explicaciones arriba en las pp. 110s., sobre el estar separados los roles en el sistema económico de las estructuras de motivación personales.

La interpretación del derecho de propiedad como valor de dinero no sólo se ajusta a la Constitución[47] —a partir de que a través de la expropiación con la garantía esencial del art. 19 par. 2 GG* considera compatible la reducción de la propiedad a dinero— sino corresponde a las realidades de nuestro orden social y a su interpretación ofrecida por la ciencia económica. En una sociedad diferenciada el núcleo del derecho de propiedad debe generalizarse, porque sólo así puede ganar significación general. La propiedad en su esencia ya no puede más ser atributo del estamento. Se disuelve la conexión con el antiguo rango social, porque ya no existe un orden cerrado del estatus y porque la propiedad ya no sigue al rango social prevaleciente, sino al prestigio social de la propiedad.[48] Por más que el corazón del particular esté aferrado a ciertas cosas, la esencia del derecho de propiedad está en el actual valor del dinero.[49]

Para la satisfacción de las necesidades el dinero no tiene valor inmediato. Es un símbolo generalizado (provisoriamente

[47] La dogmática dominante no se confía a estos pensamientos. Se distancia de ellos a través de la distinción altamente problemática entre garantía-de-institutos y garantía-de-derecho-individual (véase, por ejemplo, Werner Weber, Eigentum und Enteignung, en: Franz L. Neumann/Hans C. Nipperdey/Ulrich Scheuner, Die Grundrechte vol. II Berlín 1954, pp. 331-399 (355ss.), o Rudolf Reinhardt/Ulrich Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, pp. 1, 68s.) y, por ejemplo, Diether Haas, Eigentum und Enteignung, Monatsschrift für deutsches Recht 5 (1957), pp. 650 hasta 653 (651) deja entrever que por la posibilidad jurídico constitucional de la expropiación el derecho individual no goza de amparo sustancial alguno. Compárese para esto von Mangoldt/Klein (cap. 4 nota 57) art. 14 GG nota II 6 a.

* "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

[48] Cfr. Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —) especialmente pp. 70ss.

[49] La única alternativa de peso —comparable en grado de abstracción— al significado de la propiedad la ofrece actualmente la 'teoría del sacrificio especial', que el Tribunal Superior Federal desarrolló en la jurisprudencia sobre la indemnización. La esencia de la propiedad (en sentido jurídico-constitucional) lo deriva de manera totalmente consecuente no del dinero sino del derecho de igualdad. Esta fusión de dos diversos derechos fundamentales contradice, sin embargo, la clara separación de ambos en el texto de la Constitución y la diversidad de sus funciones (lo cual nosotros ilustraremos en el capítulo 8 sobre el derecho de igualdad). En parte es demasiado abstracto, ya que el pensamiento de la igualdad es casi vacío y, en parte, poco abstracto, dado que la teoría del sacrificio especial sólo se fija en la relación entre propietario y Estado y no ofrece ningún significado a la función de la propiedad en el trato social general —cosa que el art. 14 precisamente trata de proteger. Una crítica puntual de esta jurisprudencia se ofrece en: Niklas Luhmann, öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlín 1965.

irresuelto pero capaz de resolverse mediante reglas determinadas) de posibilidades de comunicación que pueden llevar a la satisfacción de necesidades. La institucionalización del dinero supone una firme confianza (que las posibilidades de comunicación respetarán) de que las libertades de elección que cada cual pone en la perspectiva del dinero puedan en la realidad cumplirse.

Cada acto de confianza debe mantener la capacidad funcional del dinero contra depreciaciones no venidas de las reglas del sistema de la economía (no conforme al mercado, pues) sino surgidas a partir de medidas de poder. La índole del dinero no exige una total confianza en la estabilidad del valor dinero. Eso pertenece a la habilidad del rol del participante en la economía: no poner el dinero donde se devalúa, sino en una caja de ahorro y, eventualmente, no en una caja de ahorro sino en valores rentables. El sistema económico puede exigir a sus participantes que observen la vida económica y que dispongan del mejor modo de resguardar el dinero evitando el peligro de la depreciación. Se premiará al participante acucioso con multiplicación de riqueza. De esta u otra forma el sistema de la economía debe estabilizar las posibilidades de formación de capital. No soporta las confiscaciones venidas de fuera —las cuales desde el punto de vista del sistema de la economía son aleatorias e irracionales. Tiene su propio estilo de racionalidad, el cual debe mantener a distancia los embates motivados y cometidos políticamente. Es sensible frente a las expropiaciones que no se indemnizan, frente a las socializaciones, etcétera, no por la injusticia de la ofensiva particular, sino porque la posibilidad en el aire de estos embates vuelve inseguro al sistema económico: lo desalientan, lo distorsionan por todo lo que debe hacer para sacudirse este peligro. El sistema económico sólo soporta tomas de dinero del sistema político —esas tomas son sobre todo los impuestos en razón de su relativa generalidad y de la relativa fijación a largo plazo de su lista de tarifas (baremo). No se ve que sea razonable que el sistema de la economía deba de gravarse con tomas de dinero que esporádicamente lesionan la confianza —máxime cuando conforme al sistema puede gravársele mediante impuestos y, con medios salidos de los impuestos, pueden indemnizarse los casos particulares, es decir: máxime cuando el sistema en sus consecuencias económicas puede anularse. Sin esta confianza

todo aquel que quisiera disponer de cosas económicas tendría que construirse una seguridad ad hoc y personal. O él mismo procurarse poder político o comprar la seguridad asociándose de manera extraña con los detentadores de poder —en todo caso se trataría de un proceso que corrompe la separación entre economía y política y que, por tanto, corrompe la diferenciación social.

El artículo 14 GG garantiza, por tanto, no la conservación concreta de cosas o de derechos del poder de disposición del propietario. Tampoco, como se ha expresado alguna vez, un valor constante que permanece en la riqueza,[50] sino sólo los derechos en dinero (o valorados en dinero) de las oportunidades simbólicas de la comunicación conforme a valores de mercado imperantes. La Constitución no ofrece protección jurídica al valor sino sólo a la función. La explicación jurídica dominante sobre este artículo resulta, contrariamente, de la representación del mundo de un Estado absolutista y de su 'ius eminens'. Declara la expropiación como algo excepcional y, en razón de una situación de emergencia o de intereses públicos,[51] permite ataques a posiciones jurídicas dignas de garantizarse. Permite, pues, lesionar el derecho en razón de que eso es necesario debido a un conflicto de intereses, aunque al menos debe curársele mediante recompensa. Esta construcción se

[50] Así la teoría liberal. Véase por ejemplo Lorenz Stein, Die Verwaltungslehre vol. 7, Stuttgart 1868, p. 298, con la fundamentación reveladora de que la propiedad en valor abstracto no puede entrar nunca en contradicción con el desarrollo social. Compárese, con nuevas voces, por ejemplo, Günter Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgart 1961, pp. 64s., con indicaciones amplias. En la literatura ofrecida por Janssen, sin embargo, la mayoría de las veces se habla de garantía sobre el patrimonio, pero no con toda claridad de garantía sobre el valor del patrimonio, de tal suerte que no siempre aparece con claridad la reducción de la garantía al valor del dinero. No puede tratarse de garantía estatal sobre el valor del dinero individual aun cuando sólo se tuviera ante los ojos cambios de valor que el Estado debiera indemnizar. Un derecho así, en vista de la compleja causalidad de la política económica del Estado, no sería acotable. Compárese para esto también Arndt (cap. 6 nota 28), pp. 274ss.

[51] La versión dominante encuentra su apoyo más fuerte en estas exigencias del bien común como condición para intervenir. Allí en la base no se determina que la expropiación deba entenderse como rompimiento en sí de las garantías susodichas. Sino más bien que todas las decisiones estatales vinculantes, en la medida en que lleven a un tratamiento desigual, deben ofrecer una razón, un postulado de derecho, que están declarados en la doctrina de la igualdad y en el principio del Estado de derecho y que pertenecen a un contexto totalmente distinto. Para esto véase más adelante cap. 8.

ha conservado como base de la fórmula de los dictámenes sobre el derecho de expropiación. Aunque está pensada desde el particular y desde la ofensiva sobre el particular y no hace justicia a muchos problemas que de allí resultan y que el tratamiento sociológico vendrá a poner al descubierto: que con la pura *eventualidad* de que se ataquen sus posibilidades de comunicación el sistema económico puede alterarse en su estructura general comunicativa. Y esto oculta el verdadero estado de las cosas: que de facto el que saca provecho de allí no es el derecho concreto sino las posibilidades del mercado, las cuales se aprovechan de esta protección incondicional del derecho no precisamente por amor a la libertad y a la dignidad de la persona, sino por amor a la capacidad funcional de la economía regulada por el dinero. El Estado, al garantizar la propiedad, no promete que, debido a circunstancias especiales, deba romper con el particular con mala conciencia, sino lo que entrega es la garantía efectiva y totalmente válida a los roles del sistema de la economía. Con ello apoya en un punto crítico la autonomía del sistema económico, el cual por su parte estructura de múltiples maneras las posibilidades de que se sea —en un orden social diferenciado— ser humano y personalidad individual.

Con todo esto, sin embargo, no se ha aprehendido todavía de manera suficientemente aguda la función de la propiedad en un orden económico móvil. Debe todavía pensarse que el rol de participante en la economía debe en gran medida separarse del rol de propietario —y esta separación parece ser necesaria desde el punto de vista funcional. Cuando se toma en consideración que el Estado gasta el dinero de los ciudadanos, la industria el dinero de los accionistas, los bancos el dinero de los ahorradores y las mujeres el dinero de sus maridos, el caso de lo que cada cual gasta no cuenta con respecto a la cantidad y volumen del dinero. El motor de la economía orientada hacia el mercado ya no se impulsa por propietarios.[52] La propiedad será más bien una especie de control para casos de urgencia o para la reglamentación de conflictos, algo parecido a lo que sucede con el derecho del Estado a aplicar la fuerza

[52] No por accidente la pregunta por la propiedad en la ganancia de dinero no tiene en el § 935 par. 2 BGB significado práctico alguno.

física, el cual sólo se activa en ocasiones muy especiales: aunque esa potencialidad de aplicación sea lo que sostiene al sistema. Precisamente este efecto de la presencia de lo posible (distinto a la pura cuantía de la aplicación) es el que provee de absoluta seguridad. Sin ella ningún propietario podría delegar y la economía no tendría movimiento.

Una vez que se han introducido las argumentaciones principales de este capítulo, podemos dar cabida a algunas consideraciones complicadas y que modifican en algo lo anterior. El que hayamos alineado el derecho fundamental de propiedad al problema de la tensión entre el sistema político y el sistema económico no debe entenderse en sentido exclusivo sino en sentido puntual. Las instituciones, por ejemplo los derechos fundamentales, pueden en verdad colocarse de manera específicamente funcional y caracterizarse según la medida de una función. Esta función principal posee prominencia regulativa, pero no relevancia exclusiva. La dogmática jurídica puede conectarse a esta función en el caso que precise determinar el sentido y fundamentar aspectos dudosos de una sentencia, aunque esta orientación permanezca abstracta. Cuando se pone atención a la realización fáctica de la institución no puede desprendérsele de la riqueza de relaciones del contexto total del orden social diferenciado. La institución tiene otras funciones —positivas y negativas.[53] Así la protección de los derechos fundamentales a la propiedad tiene funciones para la individualización de la presentación propia y para la civilización de las expectativas —como al revés, los derechos fundamentales que de allí se desprenden sirven de manera indirecta a la economía.

Es sin duda incorrecto ver la propiedad como expresión necesaria de la personalidad del propietario, ya que su uso se atri-

[53] Este pensamiento de la multifuncionalidad de todas las estructuras concretas y de los logros de los fines es una tesis significativa de la teoría del funcionalismo estructural, con la cual se protege del error de una pura conceptuación de la realidad bajo el punto de vista de funciones meramente abstractas. Cfr., para eso, p.ej., Almond (intr. nota 10), sobre todo. pp. 11, 14, 17ss., 63, o Riggs (cap. 1 nota 2), p. 14ss. Parsons habla en consideración de esto de una “functional primacy”: un punto de vista particular sobre un problema, del cual se encarga un subsistema específico de la sociedad. Compárese, p.ej., Parsons/Smelser (cap. 1 nota 12 — 1956 —), pp. 15s. De igual forma Heimann (cap. 6 nota 13).

buirá como acción libre sólo a través de determinadas situaciones muy especiales. La posición del derecho como tal no tiene en todos los sentidos valor simbólico reconocido socialmente:[54] por eso no podemos relacionar la función de la propiedad primariamente a la personalidad. Nuestros criterios sobre las condiciones y los problemas de la propia presentación nos permiten, en esta pregunta, tomar una posición más diferenciada y más cercana a la experiencia.

En cierta medida el valor reconocido socialmente del dinero (riqueza o percepciones) sirve de símbolo de estatus.[55] De las puras cifras —a no ser que se trate de cantidades extremadamente altas— no se gana gran cosa para la individualidad. Para la presentación propia individual se necesita una acción que caracterice personalmente. No todo uso de la propiedad se atribuye a la personalidad como acción libre: ciertamente no, por ejemplo, pagar impuestos y seguros y, en baja medida también, las decisiones de inversión calculadas racionalmente y que, desde el punto de vista de la economía, se consideran razonables y hasta ineludibles. La utilización de la propiedad tiene una función simbólica que se atribuye como algo libre y personal primeramente en el sector del consumo. El fenómeno designado con gran agudeza por Thorstein Veblen del "conspicuous consumption"[56] se aclara simplemente a partir de la necesidad de presentarse a sí mismo y de las oportunidades que se le abren a esta presentación en la sociedad industrial. La personalidad individual se muestra en la manera y la amplitud con las que utiliza su dinero.[57] Esto es válido sobre todo en una

[54] Debe recordarse de nuevo que nosotros prescindimos del concepto causal de libertad. Sólo de esta manera es posible reventar la concepción de la idea en sí cerrada de la dogmática dominante: libertad que procede basada en derecho subjetivo.

[55] Tesis frecuente en la nueva ciencia social. Se encuentra entre tanto, sobre todo, en la investigación general sobre los estratos de la sociedad, aunque en las investigaciones empíricas hace falta la pregunta de cómo puede presentarse individual y personalmente en términos de cantidades de dinero. Al parecer esta posibilidad se ve tan baja que no se investiga.

[56] Véase Thorstein Veblen, Theorie der feinen Leute, trad. alemana, Köln-Berlín sin año. (1ª ed. 1899).

[57] Buenas observaciones en Hugh Dalziel Duncan, Language and Literature in Society, Chicago 1953, especialmente pp. 33ss., 116s., 129s., sobre todo en la dirección de que la posesión de dinero como capacidad de movilizar crédito para fines de consumo hace visible la potencia de la personalidad individual. Pone de manifiesto que se confía en ella personalmente.

civilización cuya moral dominante está orientada a la adquisición y no al uso, y por eso precisamente se atribuirá a la personalidad no el seguir lo que dicta la expectativa social sino el apartarse.

Este análisis breve —que no podemos profundizar—[58] muestra qué tensiones oculta (contra lo que se ve) la igualdad dominante de libertad y propiedad. Proteger la propiedad del valor del dinero sirve en primer lugar al sistema de la economía y secundariamente a los intereses de la personalidad individual, los cuales se hacen valer en contra de la moral del sistema económico estimulando el consumo con una intensidad indispensable para la economía. Un contexto así sólo se deja caracterizar funcionalmente y no puede ser tratado por una dogmática establecida sobre categorías normativas (ético-valorativas) —dogmática que necesitaría tomar en cuenta la función de desviarse de la norma y de las orientaciones contradictorias.[59]

Así como la protección de la propiedad sirve a los intereses personales y también —como puede demostrarse— a la civilización de las expectativas, los derechos de libertad personal y de comunicación tienen, por el contrario, una función importante en el sistema económico.[60] El significado de la libertad de contratación

[58] Y eso sin que nos queramos extender al problema paralelo de la dignidad, sobre todo cuando ya arriba en la nota 38 hemos dado algunas indicaciones sobre el contexto entre dignidad y dinero.

[59] Compárese para esto la literatura sobre el aspecto económico de la libertad general de la personalidad, p.ej., Huber (cap. 6 nota 23 — 1953 —), pp. 660ss.; ídem., (cap. 6 nota 23 — 1956 —), pp. 135ss.; Ballerstedt (cap. 6 nota 23), pp. 68ss.; Nipperdey (cap. 6 nota 23), pp. 19ss.

[60] De otra manera la interpretación del art. 12 GG, que está en total concordancia con la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (véase expresamente el juicio sobre farmacias del 11.6.1958, BVerfGE 7, pp. 377ss.) que interpreta la libertad de profesión y de trabajo a la luz de la libertad de la personalidad del Art. 2 par. 1 GG, es decir, individualmente. Compárese, Ulrich Scheuner,Grundrechtsinterpretation und Wirtschafts- ordnung: Zur Auslegung des Art. 12GG, Die öffentliche Verwaltung 9 (1956), pp. 65-70, con relativamente los mismos amigables resultados de vínculación. En contra, Walter Hamel, Das Recht zur freien Berufswahl, Deutsches Verwaltungsblatt 73 (1958), pp. 37-44, y Otto Bachof, Freiheit des Berufs, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte vol. III, 1 Berlín 1958, pp. 155-265 (166ss.). Véase también Nipperdey (cap. 6 nota 23), pp. 21, 30ss. Que las posibilidades de orientación que entran en competencia no se valoran —aunque aquí lo exigen— es consecuencia de la fascinación general que ejerce la oposición entre libertad y vinculación social. En esta alternativa puede naturalmente ofrecerse cualquier posibilidad

y de libre circulación es tan conocido en favor del desarrollo del orden económico capitalista, que no vale la pena alargarse más en esto. La libertad de asociación tiene el mismo peso. El derecho fundamental de libertad a la profesión y al trabajo arroja una luz especial a nuestro problema y dado que este derecho fundamental se acerca a las líneas generales ya tratadas, rechaza fundamentarse mediante la orientación vigente o, en todo caso, mediante una decisión del legislador que lo vincula a la dogmática.

Trabajo y profesión pertenecen hoy día a aquellos factores indispensables para el auto entendimiento individual y para la propia autoestima.[61] Lo que cada cual hace y lo que profesionalmente es, conforman precisamente la manera personal en la que él se presenta fuera de los puestos de trabajo. Trabajo y profesión caracterizan de manera individual en muchas situaciones sociales —ya que con la creciente división del trabajo disminuyen las posibilidades de que uno, fuera de estos círculos laborales, se encuentre con un veterinario o un inspector de catastro. Incluso al interior de un contexto laboral organizado, los puestos de trabajo de cada cual tienen un significado especial sólo para los colegas.[62] La presentación del

---

de justificación, en consecuencia a la orientación del caso particular no se le ofrece ninguna base de decisión vinculante.

[61] Compárese como intento de control de esta tesis el clásico estudio sobre la desocupación de Marie Jahoda/Paul F. Lazarsfeld/Hans Zeisel, DieArbeitslosen von Marienthal, 2ª ed. Allensbach — Bonn 1960. Resultados parecidos en E. Wight Bakke, Citizens Without Work, New Haven 1940. Las dos investigaciones ponen de manifiesto que el problema de la desocupación es totalmente distinto al viejo problema de la pobreza —distinto en la medida en que se registra como consecuencia problemática de un orden social diferenciado. La falta de trabajo pone en peligro la diferenciación de los límites entre sistema económico y presentación personal-de-sí, es decir, formación de personalidad y distensión en la familia. Diferenciación significa separación institucional e independencia, y en ello radica la exigencia de que la personalidad individual y la vida en familia no deben quedar expuestas a los cambios del sistema económico. Precisamente la desocupación amenaza esta independencia de los destinos de las partes, ya que la cesantía necesariamente perjudica los intereses de la presentación individual y los del presupuesto emocional de la familia. Esta falta de aislamiento le confiere al paro el carácter de problema crítico estructural en un orden social diferenciado —en todo análogo al problema de la amenaza de saltar los límites por parte del poder político, contra lo cual se alzan los derechos fundamentales.

[62] La sociología de la organización prestó mucha atención a los finos matices del estatus de la vida social organizada y, sobre todo, a explicar la oposición generalizada a los cambios. Compárese, por ejemplo, Carl Dreyfuss, Beruf und Ideologie der Angestellten, München—Leipzig 1933, pp. 11ss.; George Gaspar Homans, Status Among ClericalWorkers, Human

trabajo y la profesión poseen este valor simbólico cuando expresan de manera libre (lo cual quiere decir sólo atribuible personalmente y nunca a partir de la situación externa) las obligaciones allí contraídas. El que ha sido enrolado obligadamente al servicio militar no participa gran cosa de sí cuando expresa: soy soldado. Y esta es una de las razones por las que el trabajo de la mujer en casa no posee gran valor simbólico como para adquirir la merecida dignidad como trabajo. Se defenderá, por el contrario, al particular para que desglose de manera personal difusa su ordenamiento profesional. De ello resguarda el mercado de trabajo —protegido por la libertad de profesión y por la libertad de asociación—, el cual al mantener siempre abiertas las alternativas impide que el sistema económico involucione hacia el 'trabajo no-libre'.[63]

Se distorsionaría de igual manera el sentido de la libertad de trabajo y de profesión si primariamente se considerara derecho de la persona. Sirve, en el mismo rango, para asegurar las expectativas complementarias de los roles en la vida laboral. La protección formal contra la coacción física de la libertad de trabajo y elección de profesión hace posible que las personas se asignen a tareas de trabajo según posibilidades de consenso. Los roles de trabajo se pueden estereotipar y regular hasta el detalle, con tal de que puedan elegirse y de nuevo abandonarse. Aun cuando el particular en su decisión no se sienta verdaderamente libre, su comportamiento se institucionaliza como si realmente lo fuera. En la elección de su trabajo y profesión el orden total lo obliga a presentarse siendo libre y mediante esto exigirse a sí mismo la obligación de los roles

---

Organization 12/1 (1953), pp. 5—10; George Strauss, The Set-up Man: A Case Study of Organizational Change, Human Organization 13/2 (1954), pp. 17—25; C. Wright Mills, Menschen im Büro, trad. alemana, Köln- Deutz 1955, pp. 289ss.; Hans Paul Bahrdt, Industriebürokratie, Stuttgart 1958, pp. 114ff.; Renate Mayntz, Die soziale Organisation des Industriebetriebes, Stuttgart 1958, pp. 80s. Más allá otros aspectos no determinados por los rangos del lugar del trabajo ofrecen también ciertas posibilidades de presentación personal y de especializarse.

[63] En un mercado de trabajo colapsado en tiempos de desocupación masificada el derecho a la profesión se vuelve ilusorio y en las organizaciones entran síntomas de dependencia personal y de trabajo obligado. Como el derecho fundamental de propiedad así también la garantía individual de libertad de trabajo depende de la capacidad funcional del mercado —supone pues mucho más que el simple no ser tocado por el Estado.

escogidos. No se vincula a su rol laboral mediante coacción o salario alto, sino siendo consecuente —al menos en las profesiones destacadas— con su propia historia de presentación en los roles de trabajo. No puede quejarse tanto ni cambiar bruscamente de rumbo sin que se le presente la pregunta de cómo es que ha llegado a ser maestro, juez, campesino. Y no puede apelar a que la tradición de familia lo coaccionó a ser pastor u oficial, porque con ese argumento se desacreditaría.

De aquí se sigue que la libertad de trabajo y de profesión tenga un significado decisivo para la economía.[64] Posibilita distribuir a las personas en tareas de trabajo organizadas racionalmente según los requerimientos del mercado. Motiva, a través de un punto de vista sólido, a utilizar libremente la adquisición de las largas y necesarias formaciones especiales, que luego se valorarán como capital imperdible —aunque dependiente del mercado. Y, sobre todo, obliga a aquel que contrata servicios ajenos a tener que ofrecer un pago, lo cual significa: que las prestaciones de servicios pueden tomarse en consideración en el marco de un cálculo económico medido en dinero. Esta coacción de racionalidad es válida también para la burocracia estatal —mientras que las disposiciones estatales antiguas obtienen sus bases económicas primordialmente de la disposición directa o indirecta de trabajo no-asalariado. Como lo muestra el desarrollo económico de los Estados industriales de Occidente, este orden no tiende a crear una división del trabajo conforme a determinados fines a partir del 'material humano' dado, aunque sí a traer en una relación razonable, y además graduada individualmente, la prestación de trabajo con la satisfacción de necesidades.

Finalmente la libertad de trabajo y de profesión descarga al sistema político de las tareas de asegurar su membrecía y con ello

[64] Compárese la afirmación de Udy obtenida a partir de un extenso material sobre las sociedades pre-industriales: de que el trabajo productivo organizado con fin específico (es decir, el trabajo típico de las sociedades diferenciadas) se recluta únicamente por medio de contrato, mientras que en las iniciativas difusamente orientadas de producción familiares o con fines políticos se imponen las formas de reclutar obligadas. Véase Stanley H. Udy, Jr., The Organization of Work, New Haven Conn. 1959, pp. 59ss., y de él también: Preindustrial Forms of Organized Work, en: Wilbert E. Moore/Arnold S. Feldmann (eds.), Labor Commitment and Social Change in Developing Areas, Nueva York 1960, pp. 78-91 (82).

retoma la función que alguna vez perteneció a la propiedad familiar de la tierra, de donde se reclutaban los actores de la política y administración. Una seguridad así de políticos y de fuerzas administrativas a través de la movilidad profesional se observa fuertemente en los Estado Unidos. En Alemania existe la versión contraria del servicio público como profesión especial que lleva directamente a que profesión y membrecía se agrupen y que obliga a asegurar jurídicamente a la administración contra el Estado.

El derecho fundamental de libertad de trabajo y de profesión debe, según esto, verse en pleno sentido como derecho fundamental con múltiples funciones. Esto puede explicar la circunstancia, pasada por alto, de las dificultades de interpretación que la ampliación jurídica del art. 12 GG exige actualmente. El análisis sociológico puede aquí no sólo hacer entendibles los problemas, sino más bien resolver las dificultades.[65] El derecho fundamental del art. 12 GG no está obligado a tomar una dirección específica de generalización ni a seguir un principio sistémico. La libertad de trabajo y profesión presupone que la elección de profesión y de sitio de trabajo no está institucionalizada y, sobre todo, que las expectativas de familia (que el hijo siga la misma profesión que el padre) no encuentran apoyo social. La renuncia a esta determinación social sirve en un orden social diferenciado precisamente a la integración. La libertad de elección tiene el sentido de separar la decisión sobre un determinado rol de trabajo de vinculaciones demasiado drásticas y estrechas y de abrir la motivación del trabajo más allá del hambre, del látigo, de la costumbre. Con esto las decisiones de trabajo se someten a estruc-

[65]En todo caso las más importantes distinciones jurídicas de este complejo de derecho (profesión/trabajo y elección-de-profesión/ejercicio-de-la-profesión) pueden reducirse a hechos sociales, a saber, a grados de generalización, lo cual puede sociológicamente investigarse con más detalle. Detrás de la distinción profesión/trabajo está la distinción rol/acción. La distinción elección-de-profesión/ejercicio-de-la-profesión se refiere a la posibilidad de generalización de la decisión: se puede escoger un rol y quedar obligado a ello, sin que se conozca a detalle qué acciones hay que llevar adelante. La investigación sociológica podría confirmar que en un orden social diferenciado tales grados de generalización deben de concordar con la asignación de libertades y obligaciones y venir así a apoyar, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia de que la libertad de ejercer la profesión podría limitarse más fuertemente que la libertad de escoger profesión —compárese sobre todo la decisión del Tribunal Superior Federal del 11.6. 1958, BVerfGE 7, pp. 377ss.

turas de motivación generalizadas, no sólo desde un punto de vista único sino en consideración de la individualidad de la presentación de sí mismo, la civilización de las expectativas y, al mismo tiempo, de la racionalidad de la economía. La libertad de decisión sobre el trabajo concreto y sobre la profesión posibilita que se encuentre el punto de convergencia de estas tres direccionalidades de generalización divergentes. Adquiere su función central precisamente a partir de la divergencia de estas tres direcciones de generalización de una sociedad diferenciada, de aquí que no sea posible imprimirle el sello de una orientación primaria específica.

Libertad de trabajo y de elección de profesión se hará así una institución reconocible, a la cual atañe directamente el problema central de un orden social diferenciado: la contradicción de los principios de generalización de sus subsistemas.[66] El que estén anclados como derechos fundamentales protege a la decisión-sobre-el-trabajo de una reintroducción regresiva de motivos de trabajo muy directos y particulares con ayuda de medios de coacción estatales. Asimismo este análisis confirma, de nuevo, nuestra concepción general sobre la función de los derechos fundamentales: protegen la estructura diferenciada de la sociedad moderna contra tendencias de simplificación des-diferenciadoras que podrían venir del sistema político.

[66] Un problema estructural central del orden social diferenciado se solucionará por medio de la libertad, es decir, renunciando a la regulación social de determinadas decisiones. Las fuertes interdependencias sociales de un orden social diferenciado exigen en determinados aspectos al mismo tiempo más libertad. La representación que hoy domina en la dogmática jurídica, de una estricta contraposición entre formación social y libertad, no permite la formulación de esta enseñanza. Fracasa como teoría de un orden social diferenciado en la medida en que, aun analíticamente, no puede diferenciarse a sí misma con suficiencia.

7
La democratización del poder: derecho político de sufragio

Los derechos fundamentales propiamente políticos de la ciudadanía activa (sobre todo el derecho de sufragio), a los que pretendemos dedicar nuestra atención, han tenido siempre un lugar aparte dentro de los derechos fundamentales.[1] No pueden aprehenderse en la dogmática iusnaturalista como derechos humanos previos al Estado, porque surgieron con el Estado y se encuentran referidos a él.[2] En principio no se consideran ilimitados (y luego susceptibles de limitación) como los derechos de libertad.[3] En el diccionario sobre los "derechos fundamentales" editado por Betterman, Nipperdey y Scheuner se pierden entre los capítulos. Esto se debe al ordenamiento

[1] Compárese la muy aceptada distinción (negativo/positivo/activo) del status del derecho de Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3ª ed. 6ª reimpr., Darmstadt 1959, pp. 419ss. Esta clasificación puramente inductiva (y al parecer no superada) es de un desequilibrio verdaderamente provocador. Schmitt (cap. 1 nota 1 — 1928), pp. 168s., apelando a la presunta estructura dualista jurídico-estatal del Estado constitucional liberal, separa los derechos estatales democráticos de los ciudadanos —entre los que extrañamente no se localiza la doctrina de la igualdad— de los derechos de libertad. El análisis sociológico habrá de mostrar que allí en el fondo se encuentra una constelación de problemas mucho más compleja.

[2] También esto es muy discutido. Otras opiniones, p.ej., von Mangodt/Klein (cap. 4 nota 57) en la advertencia preliminar B V 2 antes del Art. 1 GG; lo contrario, sin embargo, en el comentario al Art. 38 GG nota III 1 a.

[3] A favor de que sí la opinión dominante. Compárese, p.ej., la decisión del Tribunal Constitucional Federal del 5. 4.1952, BVerfGE 1, pp. 208ss. (242).

de la Constitución, la cual los norma fuera de aquellas partes que corresponden a los derechos fundamentales (con la salvedad del derecho de petición) —ordenamiento que, no obstante, la ley del Tribunal Constitucional de la Federación los vuelve a equilibrar en el § 90 par. 1. ¿Qué debemos pensar de esta inseguridad, de esta dificultad de ordenamiento?

Dos decisiones previas lo hicieron inevitable: la limitación de la tradición alemana sobre el Estado de derecho y la limitación del método dogmático jurídico.

La actitud de pensamiento en el concepto de Estado de derecho se encuentra marcada por un cierto extrañamiento sobre el poder, por una distancia interna hacia la esfera política.[4] La idea de Estado de derecho no capta lo político, sólo lo limita. Le parece insignificante —y podría decirse que hasta sospechoso— cómo se llega al poder, si por herencia o por revuelta de caciques. Lo decisivo está en que determinados límites de la aplicación no se salten. Total protección de los derechos individuales y una rigurosa atención al derecho positivo (en el fondo pues: el proceso formalmente regulado de los cambios jurídicos) son las exigencias elementales de la tradición alemana sobre el Estado de derecho. Las formas de establecimiento de la voluntad política se dejan de lado: la 'capacidad de libertad' no es postulado alguno del Estado de derecho, sino asunto de la democracia, situada al lado contiguo. De esta manera en 1933 fue pensable una dictadura de Estado de derecho. Los derechos fundamentales se interpretan en el horizonte de este Estado de derecho y consecuentemente el derecho político de sufragio es

[4] Para esta limitante de la tradición estatal alemana distinta a la versión inglesa, francesa y suiza, compárese Ulrich Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates en: Hans Dombois/Erwin Wilkens, Macht und Recht: Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, Berlín 1956, pp. 76-88 (80ss.), y del él también, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, en: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960 vol. II, pp. 229-262, con la brillante explicación de las tendencias de desarrollo en el liberalismo temprano y en el presente —tendencias que, sin embargo, en ningún lugar, ni siquiera en Scheuner, se acercan a los verdaderos procesos políticos de formación del poder. Esto no se logra con la ampliación y profundización de "los fundamentos de valor" del Estado de derecho. Más bien sería erróneo montar en la esfera política al Estado de derecho y juridificar su actuar. La pregunta sería qué estructura social debe mostrar el proceso político para que con ello en la burocracia el Estado de derecho cumpla su sentido.

tenido como derecho fundamental atípico y traspapelado que, por su permanencia duradera en la esfera de lo político, casi pierde su carta de ciudadanía en el Estado de derecho.[5]

La otra razón de la dificultad de este alineamiento de los derechos políticos de sufragio es una razón de método: los derechos fundamentales se definen en cuanto a su fundamento y contenido cualitativo como algo heterogéneo. Las pocas características válidas para todos se resumen en una abstracción y en conceptos genéricos que como tal no dicen nada. Tienen poco valor de ordenamiento y de comprensión. La dogmática piensa en modo categorial y no funcional. El método funcional, en cambio, resalta por el hecho de que agrupa, en la identidad de un punto de vista referido a un problema, lo que es diverso, cualitativamente heterogéneo, conceptualmente contradictorio —punto de vista que es con todo abstracto, aunque de una abstracción específica. De esta manera el método funcional —sin recurrir a la unidad de un cierto tipo ni a características genéricas— puede hacer comparable, es decir, equivalente funcional, lo diverso y hacerlo entendible en un contexto referido a problemas y de soluciones disyuntivas o conjuntivas a los problemas.[6]

En las investigaciones anteriores ha mostrado su eficacia entender —como punto al que se refieren funcionalmente los derechos fundamentales— el problema de la diferenciación social como problema de generalización divergente del proceso comunicativo. Los derechos fundamentales hasta ahora tratados sirven para mantener la diferenciación del orden social frente a los peligros que representa el sistema político. Obtienen la orientación básica de sus referencias de los distintitos principios de generalización no-políticos de la sociedad: la personalidad individual, la civilización de las expectativas, el dinero. Los derechos fundamentales de la ciudadanía activa tienen —y esto explica su lugar tan especial— idéntica función para

[5] Notable aquí es que la dogmática de los derechos fundamentales se mantiene muy distante de la explicación por parte de las ciencias filosóficas o de la ética de los valores sobre los derechos fundamentales políticos —en especial sobre el derecho al sufragio. Compárese, p.ej., el breve comentario en Maunz/Dürig (cap. 4 nota 49) Art. 38 GG Rdnr. 29-32. En lo que sigue casi no tendremos oportunidad de oponernos críticamente: falta adversario.

[6] Esta interpretación del funcionalismo no es por lo general admitida. He intentado dar una fundamentación más precisa en dos ensayos: intr., notas 8 y 11.

el mismo sistema político y para su principio de generalización: la formación de poder legítimo. Mantienen su especificación, la relativa autonomía de la esfera política, encauzando las influencias societales —las cuales hacen posible la formación de poder político como fundamento de las decisiones vinculantes sobre los problemas, sin que los puros intereses individuales, los deberes de consenso societales o las oportunidades de la comunicación económica se entrometan en el proceso de legitimación y vengan a echar abajo la autonomía de las decisiones estatales.

Estamos acostumbrados a entender las instituciones democráticas, en especial del derecho general del ciudadano, como una especie singular de dominio, como un poder (ya sea canalizado o mediado) de dominio del pueblo sobre el Estado, que en el transcurso de la historia moderna se ha superpuesto al gobierno monárquico o aristocrático. Esta versión suena también así en la categoría de Jellinek de derecho fundamental del ciudadano activo, el cual se define como derecho a ejercer su voluntad. Si en lugar de esto se le confiere al concepto de dominio un sentido teórico preciso que sea comprobable empíricamente —por ejemplo en el sentido de la definición de Weber como "oportunidad de una orden de un determinado contenido de que encuentre obediencia por parte de una persona dada",[7] se derrumba esta representación. Si en los órdenes sociales efectivamente pueda gobernar un individuo o un grupo conforme a representaciones formadas autónomamente es algo muy cuestionable.[8] En todo caso el pueblo nunca ha gobernado.

Con tales desilusiones, en el sentido acostumbrado de 'realpolitik', se alcanza muy poco, si no es que al mismo tiempo se descubre que esta idea (de transferir al pueblo el poder soberano realizado en el sistema político) encubre el proceso específico por el cual la democratización del orden político se hace necesaria. Ya que esconde la pregunta previa de cómo es posible la comunicación efectiva de decisiones que vinculan y cómo esta comunicación es

[7] Weber (cap. 5 nota 18), p. 28.

[8] Compárense, como nuevas apreciaciones sobre el dominio absoluto formal, p.ej., (cap. 1 nota 8 — 1957 —), pp. 85ss., y (1961), pp. 73ss.; E.E. Evans-Pritchard, The Divine Kingship of the Shilluk of the Nilotik Sudan, en: ídem., Essays in Social Anthropology, Nueva York 1963, pp. 66-86 (72ss.).

posible bajo condiciones estructurales muy diversas de los órdenes sociales.[9]

En los órdenes sociales en los que estructuralmente casi no se han diferenciado la función política de las decisiones vinculantes se resuelve en el marco de roles que, a su vez, se estructuran en contextos-de-acción de la familia, la religión, la economía, la guerra.[10] La totalidad de roles se experimenta como unidad. La unidad manifiesta de la persona permite que se hagan esas transferencias de sentido. La prominencia en un sentido es prominencia en otro, éxitos en un campo legitiman exigencias en los otros y los fracasos se sancionan correspondientemente de manera difusa. La base del actuar económico (como la posesión de tierra) es al mismo tiempo la base del actuar político y ambos se transfieren en estrecha relación con la familia. Incluso los detentadores de poder no son

[9] Este reproche no se lo ahorran ni los conceptos de urgencia de la teoría clásica: *volonté générale* y *representación.* Mientras que estos conceptos respondan a la falsa pregunta de cómo el pueblo a pesar de lo manifiestamente contrario gobierna, no podrán salir de su romanticismo —aunque a decir verdad ingenioso. Esto aparece por ejemplo con claridad en fórmulas como las de hacer visible lo no-visible (Schmitt — cap. 1 nota 1 1928 — pp. 208ss.) o la de reproducción de valores ideales en la esfera de la vivencia en el sentido de reconciliar espíritu y materia (así Gerhard Leibholz, Das Wesen der Reprasentation, Berlín — Leipzig 1929, sobre todo pp. 36s.) o en la dialéctica de lo acertado (Krüger — cap. 2 nota 4 — pp. 234ss.). El acontecimiento fáctico que con estos conceptos se quiere señalar se despliega sólo cuando el análisis sociológico los conceptúa como generalización de la comunicación.

[10] Esta afirmación corresponde al esquema analítico con el que la antropología funcional estructuralista investiga los órdenes sociales arcaicos. Se considera que la función política siempre se halla presente (aunque todavía sin separarse de otras funciones,), porque se la deduce de la teoría general de los sistemas sociales: debe encontrarse siempre presente si el sistema quiere conservarse. El concepto de lo político se define de manera funcional y no de manera estructural o institucional, porque ofrece el mejor punto de partida para comparar distintos sistemas sociales, así como también para el entendimiento del desarrollo histórico del proceso de maduración de las estructuras de los roles al especificarse funcionalmente. Compárese para lo general Sutton (intr. nota 10); Parsons (cap. 1 nota 7), pp. 244ss.; S. N. Eisenstadt, Primitive Political Systems, American Anthropologist 61 (1959), pp. 200-220; ídem., (intr. nota 10), sobre todo. pp. 5s.; en detalle sobre todo la investigación africana de la antropología británica, por ejemplo Meyer Fortes/E. E. Evans-Pritchard (eds.), African Political Systems, Oxford 1940, y Max Gluckman, Custom and Conflict in África, Oxford 1955. Para otros ejemplos típicos como el de la burocracia social de Tailandia véase James N. Mosel, Thai Administrative Behavior, en: William J. Siffin (ed.), Toward the Comparative Study of Public Administration, Bloomington Ind. 1957, pp. 278 hasta 331 (sobre todo. 280ss.), y para el plano más antiguo —expuesto de manera sobresaliente— de la cultura primitiva de la región Kachin E. R. Leach, Political Systems of Highland Burma, Cambridge Mass. 1954.

exclusivamente políticos ni dedicados a la profesión política, es decir, a instancias de decisión. La generalización factual del estatus del rol es suficiente en todas las esferas de la vida, de tal forma que no existen contrapuntos de presión desde los cuales pudiera ponerse en cuestión la legitimidad del estatus, aunque sí naturalmente la idoneidad de la persona. El problema de la legitimidad —y con ello la representación de la legitimidad o de la ilegitimidad— de un mando sólo sucede a consecuencia de la diferenciación estructural del orden social, la cual despliega posibilidades no-políticas de adquisición de estatus.

El proceso de diferenciación —que lleva al actuar político a una estructura inconfundible de la sociedad— incrementa la transparencia social, la viabilidad de interpretación y con ello también la posibilidad de poner en cuestión los procesos puramente políticos. Esto se logra llevando a la conciencia a un límite, más allá del cual la representación del acontecer político concreto se vuelve problemático y hace posible su control social. Sólo gracias a esto el problema de legitimación adquiere un rango que viene a formar parte de la radicalidad de las preguntas y de las dudas modernas. Se desarrolla en el horizonte de las preguntas hobbesianas por las condiciones de posibilidad del orden social, con el espectro de la razón suficiente y sobre el piso de una seguridad metafísica mediante la autocomprobación consciente del pensar.[11]

La diferenciación social —que primero separa el dominio político de las limitaciones de en el ámbito de la familia, después de los roles religiosos y de las económicos y que finalmente lo establece en sí misma— despierta la necesidad de sustituir la unidad y la generalidad del orden social de los roles por la legitimidad fundada y reconocida de las competencias específicas.[12] Dicha legitimación

[11] Véase aquí Friedrich Jonas, Sozialphilosophie der industriellen Arbeitswelt, Stuttgart 1960, pp. 69ss.

[12] Al contrario de Max Weber —quien ve tan sólo el orden del problema en la efectividad del domino— nosotros (sin negar ese nexo sino más bien para fundamentarlo) lo vemos en la diferenciación social, que es la que en primer lugar hace posible el dominio autónomo efectivo societal, al mismo tiempo que lo vuelve necesitado de legitimación. A pesar de que Weber reduce el orden del problema no puede llevar el análisis a término por lo menos en tres aspectos: en la pregunta por el juego entre obediencia y libertad, en la pregunta por los procesos específicos que producen el poder legítimo y en la pregunta por las precondiciones

específica debe presentarse como racional y controlable en este mundo y debe tratar de fundamentar un dominio razonable.

Legitimación quiere decir fácticamente que las decisiones —de antemano y de manera general dentro de un marco limitado— se aceptarán como correctas. La institucionalización de una forma determinada de legitimación del poder resuelve un problema característico de los órdenes sociales diferenciados y esto en un modo que nosotros ya conocemos: generalizando la comunicación.

Este contexto común de diferenciación social, especificación de la esfera política y necesidad especial de institucionalizar la generalización del apoyo social del sistema político, lo podemos iluminar desde la perspectiva de otro problema, a saber, el de la antinomia de la fuerza física como instrumento de poder.

La disposición de aceptar decisiones ajenas como vinculantes puede tener en cada caso causas distintas. Pero si han de ser durables y han de aplicarse a un espectro amplio de problemas y a

---

estructurales de la legitimidad. Así Peter M. Blau, Critical Remarks on Weber's Theory of Authority, The American Political Science Review 57 (1963), pp. 305-316 (311s.). Estos son además problemas abiertos de la teoría clásica (Machiavello/Hobbes) sobre el poder político. Compárese también Parsons, On the Concept of Political Power, Proceedings of the American Philosophical Society 107 (1963), pp. 232—262 (232s., 258). Weber viene todavía a añadir a su conocida tipología de dominación (tradicional, carismática y racional) un determinado grado del desarrollo societal (lo que la investigación antropológica hace consciente, cfr. nota 10). Compárese también la exposición de la legitimación cultural del poder político como avance universal del desarrollo societal en Parsons (cap. 1 nota 7 — 1964 —), pp. 345s.; además la distinción de actuar orientado-de-manera-tradicional o justificado-de-manera-tradicional en Bert. F. Hoselitz, Tradition and Economic Growth, en: Ralph Braibanti/Joseph J. Spengler (eds.), Tradition, Values, and Socio-Economic Development, Durham N. C. 1961, pp. 83-113. Conforme a esto debe distinguirse dentro del tipo tradicional del dominio (el obvio e indudable dominio en razón de amplios roles de prominencia) el dominio tradicional legitimado como, por ejemplo, el del Señor de la casa a quien los ciudadanos de Luneburgo estaban obligados de manera inquebrantable a seguir: 'angestammten Herrscherhauses'. Estas deliberaciones posibilitan hacer comprensible por qué a pesar de ser conscientes del problema de legitimación sigan primero imperando totalmente las legitimaciones tradicionales —a lo cual Eisenstadt (intr. nota 10) atribuye la interna contrariedad de los primeros imperios burocráticos— a saber: porque la reflexión sobre la forma de legitimación se basa en el estado anterior de la sociedad haciéndola institucional y, además, porque la base de los roles no está extendida de manera suficiente, es decir, no está todavía especificada de manera exclusivamente política como para hacerla soportable. El dominio exclusivo político como se encuentra de manera inevitable en los órdenes sociales plenamente diferenciados necesita, por el contrario, legitimarse racionalmente.

una mayoría de personas —por tanto si han de institucionalizarse normativamente y conforme a roles— es necesario que se aseguren mediante la posibilidad de emplear la fuerza física. Porque las normas, en calidad de generalizaciones simbólicas (como representaciones pues), son sensibles al desengaño, sensibles a la posibilidad de que como desobediencia abierta pudiera el caso particular quedar sin sanción. El poder legítimo está encaminado a posibilidades suficientes de empleo de la fuerza para mostrar su eficiencia en casos límite problemáticos, pero sobre todo para proteger su imagen de ser vinculante sin ningún tipo de excepción.

Por otra parte la amenaza con coacción y sobre todo la pura violencia son insuficientes como bases del poder.[13] Entre otras cosas porque exigen un gasto muy grande, es decir, porque son económicamente irracionales y por eso mismo su expansión no es viable. Lo decisivo está en que los motivos de la obediencia se hagan visibles socialmente y que se sigan consecuencias para aquel que estando amenazado desobedece. De esta manera el poder con coacción permanece atado —igual que el intercambio sin dinero—[14] a una relación particular que sólo es convincente en tanto queda referida a la circunstancia, atado, pues, a una correlación entre órdenes específicas y situaciones específicas de coacción.[15] La coacción no es

[13] Las dos: en la teoría política se ha sido siempre consciente de la necesidad y de la insuficiencia de la coacción, aunque los acentos se hayan puesto —de manera muy diversa y algunas veces extrema— en alguno de los dos lados. Véase la panorámica en E. V. Walter, Power and Violence, The American Political Science Review 58 (1964), pp. 350-360. Debe ser poco útil ver y discutir como alternativa la pregunta de si la 'esencia' del dominio político está en la posibilidad de coacción o en la disposición de la libre obediencia. El hecho es que todo sistema político debe en cierta media volverse independiente de las fluctuaciones de la situación fáctica del consenso. Esta función sirve para fundamentar el dominio, *al mismo tiempo*, sobre el consenso y sobre la coacción, además de que para esto sirven también, por ejemplo, la institucionalización del cambio del poder según sean las posibilidades de consenso y la separación entre política y administración —instituciones que descargan a su vez el medio de la coacción por parte del Estado.

[14] Para esta comparación véase Parsons (cap. 7 nota 12), p. 240.

[15] La característica de la coacción como medio particular para motivar se confirma por la excepción de la familia respecto al monopolio del Estado de aplicar la violencia física —excepción que es a la vez importante e ilustrativa y que casi nunca se toma en cuenta. Naturalmente que el padre al ceder la función política pierde el derecho de decidir sobre la vida y la muerte de sus dependientes. La superioridad física de los padres sobre sus hijos pequeños y el derecho de utilizarla conforme sea necesario es lo suficientemente importante.

medio de dominación general, sino sólo medio de aplicación concreta. Aun cuando se tome en consideración que existen amenazas no declaradas que incluyen una posible sanción, éstas son descargas técnicas de la comunicación pero no generalizaciones legítimas del poder —dado que la estructura estrecha de motivación no cambia con ello. A esto viene añadirse que la amenaza con coacción —o todavía más, la aplicación de la coacción— son armas de dos filos, que por sus implicaciones simbólicas ponen en peligro al propio poder: ponen de manifiesto que habrá seres humanos que no aceptarán libremente el poder y que se juntarán para luchar contra él.[16]

Este carácter antinómico (funcional/disfuncional) pudo permanecer latente en los órdenes sociales arcaicos, porque en ellos la necesidad de decidir sólo emerge casualmente y sólo en el marco particularmente estrecho de la familia o de las relaciones estamentales, en donde se podía luchar hasta el fin sin daños ulteriores, en caso que el orden institucional fallara. Cuando, por el contrario, estos presupuestos cambian, cuando la sociedad se diferencia tan ampliamente, cuando se instituye un sistema de acción específicamente político en calidad de monopolio de aplicación de la fuerza física, el problema de la legitimación del poder se vuelve ineludible. En un sistema así cristaliza y se solidifica la antinomia discutida. Se hace asible y consciente. Deben y pueden crearse instituciones diseñadas específicamente para ello. Con otras palabras, debe haber instituciones que impidan que el Estado quede reducido a ser únicamente instancia de coacción, que imponga caso por caso órdenes a la fuerza contra motivaciones en desacuerdo, ya que de esta manera el Estado no podría cumplir con su tarea altamente problemática y múltiple de decidir sobre los problemas. El potencial de coacción debe reducirse a la función específica de control de la urgencia —lo

---

Es notable que para la diferenciación social entre Estado y familia (cfr. arriba pp. 104ss.) no existan reflexiones en contra.

[16] Tomando esto en consideración se encuentran frecuentemente advertencias del debilitamiento de la autoridad al imponerse la sanción. Compárese, por ejemplo, B. Barnard (cap. 5 nota 9), p. 183; Peter M. Blau, The Dynamics of Bureaucracy, Chicago 1955, p. 174; John M. Pflffner/Frank P. Sherwood, Administrative Organization, Englewood Cliffs N. J. 1960, pp. 335s.

cual es indispensable.[17] Deben, al mismo tiempo, institucionalizarse disposiciones de generalización de la comunicación especializadas en producir *poder legítimo que se expresa en decisiones vinculantes, las cuales no se aceptan en consideración de la coacción amenazante, sino en primer lugar en razón de su vinculabilidad, es decir: en razón del símbolo comunicativo sobre el que el Estado puede disponer bajo presupuestos específicos y exactamente reglamentados.* Gracias a estas disposiciones los órdenes altamente diferenciados —respecto a la inmensa cantidad de comunicaciones que necesitan— se las arreglan con una cantidad mínima de actos de coacción.[18]

Si queremos entender este estado de cosas es necesario alejarnos de la premisa que hasta ahora ha dominado sobre el problema de la legitimación: que la *legitimación de facto* de un poder *es simplemente la consecuencia de la fe práctica en el principio de la legitimidad*. Max Weber fue un prominente representante de esta opinión;[19] Guglielmo Ferrero, otro.[20] La radicalidad de la pregunta por la legitimación destroza, sin embargo, la pretensión de verdad de todas las razones establecidas, destroza, sobre todo, la fundamentación de legitimación obtenida a partir de un ser o conciencia

[17] Véase para esto Deutsch (cap. 1 nota 16), p. 122ss., acerca de “gold and force as damage-control mechanisms” en conexión con el paralelismo estructural del dinero y del poder descubierto por Parsons.

[18]Aunque hacen falta investigaciones que permitan comparar, se supone que esta relación —en el estadio transitorio que va de un orden social arcaico no-diferenciado al orden social moderno, en el caso, pues, en que el sistema político ya tiene una cierta autonomía sin que pueda apoyarse en un orden social plenamente diferenciado— es mucho más desventajosa. Una hipótesis parecida expresa Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —), p. 86. Algunas comprobaciones empíricas sobre la disposición a rajatabla de obedecer las decisiones estatales sin discutir se encuentran en Morris Janowitz/ Deil Wright/William Delany, Public Administration and the Public —Perspectives Toward Government in a Metropolitan Community, Ann Arbor 1958, sobre todo p. 102.

[19] Véase la aclaración precisamente de este punto en Johannes Winckelmann, Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie, Tübingen 1952, sobre todo. p. 43ss.

[20] Guglielmo Ferrero, Macht, Bern 1944, pp. 208ss.; otro ejemplo Heller (cap. 1 nota 6), sobre todo. pp. 175ss., 191 y en otros muchos lugares.; Talcott Parsons, Authority, Legitimation, and Political Action, en: Carl J. Friedrich (ed.), Authority, Cambridge Mass. 1958, reimpr., y citado por Parsons en: Structure and Process in Modern Societies, Glencoe 111. 1960, pp. 170-198 (175), con observaciones esclarecedoras que hacen en el fondo estallar este concepto; Carl J. Friedrich, Die Legitimität in politischer Perspektive, Politische Vierteljahresschrift 1 (1960), pp. 119-132, y de él también: Man and His Government, Nueva York-San Francisco-Toronto-Londres 1963, pp. 232ss.

en común y con ello suprime el vínculo con la 'opinión pública' y con los límites factuales. En la praxis, por eso, el problema de la legitimación se vuelve problema de indoctrinación.

Otra consecuencia de la pérdida de principios verdaderos es que se volverá necesario entender la legitimación como proceso fáctico y verificar, en el marco del orden total, las instituciones que conservan capacidad de función. Con esto se hará visible una realidad compleja y abigarrada. La legitimidad no sólo tiene lugar mediante la fe en principios, sino mediante un orden comunicativo, que asume y reasume la aceptación de las decisiones estatales.[21] Legitimidad del poder estatal significa que el símbolo de la comunicación "decisiones vinculantes" tiene un valor en curso estable y aceptado de manera general. Esto es sólo posible cuando alguien que acepta las premisas de las decisiones estatales (como premisas de la propia conducta)[22] está seguro de encontrar reconocimiento en la situación regida por decisiones del Estado, así como en otras situaciones: en la mesa de reunión o frente a su mujer. Debe, en el comercio social, tratar la estrechez de alternativas-de-acción que padece como si fuera un hecho, como límites naturales del actuar. La estrechez no debe atribuirse 1) a la propia presentación individual del que actúa. El someterse debe experimentarse sin implicaciones

[21] También Deutsch (cap. 1 nota 16), pp. 151ss., subraya el hecho de que la fe en la legitimidad de los contactos sociales fácticos debe estar en la base si es que el poder político quiere legitimarse. A resultados parecidos llega la teoría de grupos con la afirmación de que la legitimación de la autoridad de los dirigentes depende también de las relaciones de los subordinados. Véase por ej. Homans (cap. 5 nota 12) p. 295; Blau (cap. 5 nota 10), pp. 199ss.

[22] Compárese aquí la definición de autoridad como establecimiento de premisas de decisión de otro (no: plenamente concretas) en Herbert A. Simón, Models of Man: Social and Rational, Nueva York-Londres 1957, sobre todo. pp. 75s. Alude a la definición de Barnard (cap. 5 nota 9), pp. 161ss., y a su concepto de decisión como "narrowing of the limitation of choice" (pp. 38ss.). Compárese también Herbert A. Simón, Das Verwaltungshandeln: Eine Untersuchung der Entscheidungsvorgänge in Behörden und privaten Unternehmen. trad. alemana, Stuttgart 1955, pp. 80ss., y de él también: Authority, en: Conrad M. Arensberg et al. (eds.), Research in Industrial Human Relation, Nueva York 1957, pp. 103-115. Importante y nuevo en este concepto no es lo que en primera línea Barnard y Simon de manera no-crítica aceptan —esto era ya un componente antiguo del concepto de autoridad— sino la representación de que la decisión de otro siempre se rige dentro de sus premisas, *siempre es parcial*, de tal forma que es finalmente el subordinado quien decide—de aquí se sigue que *deben darse instituciones especiales que lo descarguen de la responsabilidad de sus decisiones y que son las que posibilitan la legitimación de la autoridad*.

simbólicas para el carácter de la personalidad individual, debe ser, pues, cosa sobreentendida. Con otras palabras, por su disposición a aceptar el que actúa recibe una liberación de responsabilidad, que en el trato social se terminará honrando. Además la adaptación no debe 2) ocasionar ningún rompimiento con la complementariedad social de los roles. La fijación estatal de premisas de decisión no debe en el trato social conducir a dificultades de entendimiento y de conducta —como argumento ('no puede actuarse de otra manera') debe poseer validez en todos lados y como justificación de la acción hacerse circular como moneda. No debe finalmente 3) afectar el potencial económico de posiciones jurídicas ya establecidas ni cambiar las relaciones equilibradas entre deudas, exigencias, posesión y posibilidades de satisfacción de necesidades de la persona particular. Con otras palabras, el proceso de generalización de la legitimidad del poder debe en principio estar armonizado con las tres direcciones de generalización antes mencionadas. No deben darse interferencias mutuas muy fuertes. En la medida en que esta concordancia se logre —y no algo así como la fuerza potencial del Estado para aplicar la coacción— en esa medida se sostiene la generalización del poder del Estado, el grado de su legitimidad. No multiplicando la tropa policiaca sino mediante la institucionalización de la capacidad de vinculación de las decisiones como símbolo que fluye —que en el comercio social se aceptará sin cuestionar y de manera rutinaria— es como crece la legitimidad estatal de la tarea de decidir.

Estas disquisiciones permiten, para formularlo de manera más aguda, ubicar en dónde se encuentra el problema de legitimación de un orden social diferenciado. Esto tiene que ver con que la diferenciación social rompe con la jerarquía social unitaria. En los órdenes sociales simples (sin sistema político altamente diferenciado) la autoridad de la decisión se institucionaliza de manera típica mediante el orden general del estatus.[23] En un orden así se rinde

[23] Sutton (intr. nota 10), p. 71, habla con relación a eso de un sistema de estratificación 'deferente' de impacto difuso. Este orden que iguala todas las relaciones de distinto rango es 'natural' en la medida en que hace mayor justicia a la naturaleza de los rangos elementales como reparto de la situación de dominio en interés de la presentación de sí mismo: (para esto Luhmann — cap. 1 nota 11 —, p. 156). Es especialmente difícil y supone un cierto tipo de disciplina del comportamiento cuando se ha conocido alguien como superior y que,

honor sin más —en el trato mutuo— a la sujeción frente al estatus prominente, porque dicho estatus se vuelve relevante de manera transversal en cada una de las relaciones, es decir, se vuelve relevante para otras relaciones y para las relaciones con otros compañeros. Los órdenes sociales diferenciados deben, en cambio, darle movilidad a las relaciones de estatus e institucionalizar una diversidad de caminos de ascenso. Dado que en ellos el sistema político autonomizado puede producir posibilidades de ascenso propias, en la sociedad debe renunciarse al continuo control de la adquisición de estatus. Políticos y administradores deben con frecuencia imponerse frente a miembros prominentes de la sociedad y para ello requieren derechos legitimados para producir decisiones que vinculen. Se producen en el orden social relaciones funcionales de estatus y con ello incongruencias de estatus. Como consecuencia de esto no es algo sobreentendido que la aceptación de decisiones ajenas encuentre reconocimiento general. Deben de crearse instituciones específicas que aseguren que el (por así decir) carácter transversal del estatus en el orden antiguo —que ya no se sostiene— se supla con una función específica.

---

en otro escenario, deba tratársele como igual o incluso como subordinado. De aquí que en los órdenes sociales diferenciados se dé (inclusive en situaciones claras de rango) un estilo de comportamiento 'humano' informal relativamente igualitario.

La investigación de psicología-social entiende esta problemática mediante la hipótesis de una tendencia del 'status a la congruencia' (esto es, a la coherencia de los distintos criterios con los cuales se reconoce el status) y trata los problemas de comportamiento y las tensiones como resultado de un status de congruencia incompleto. Compárese, p.ej., Benoit-Smullyan, Status, Status Types and Status Interrelations, American Sociological Review 9 (1944), pp. 151-161; Everett C. Hughes, Dilemmas and Contradictions of Status, The American Journal of Sociology 50 (1945), pp. 353-359; Stuart Adams, Status Congruency as a Variable in Small Group Performance, Social Forces 32 (1953), pp. 16-22; Gerhard E. Lenski, Status Crystallization: A Non-vertical Dimensión of Social Status, American Sociological Review 19 (1954), pp. 405 hasta 413; de él también: Social Participation and Status Crystallization, American Sociological Review 21 (1956), pp. 458—464; Gerd H. Fenchel/Jack H. Monderer/Eugene L. Hartley, Subjective Status and the Equilibration Hypothesis, The Journal of Abnormal and Social Psychology 46 (1951), pp. 476-479; Ralph V. Exline/ Robert C. Ziller, Status Congruency and Interpersonal Conflict in Decisión —making Groups, Human Relations 12 (1959), pp. 147-162; Leonard Broom, Social Differentiation and Stratification, en: Robert K. Merton/Leonard Broom/Leonard S. Cottrell, Jr., Sociology Today, Nueva York 1959, pp. 429-441; Homans (cap. 5 nota 12), pp. 232ss.

Cuando de esta forma la legitimidad se atribuye a una estructura de un ámbito de la comunicación social (como en sentido semejante lo hicimos con la individualidad de la personalidad, con la civilización de las expectativas y con el dinero) entonces se vuelve claro que la legitimidad no sólo puede llevarse a cabo a través de las instituciones del sistema político, no sólo a través del verdadero arte de la democracia —y ni qué decir si ella depende de que se reconozcan los verdaderos valores o de que se tenga fe en determinados principios. Incluso la pregunta (decisiva) de si el sistema político debe instalarse como sistema monopartidista con 'consenso amarrado' o como sistema pluripartidista con verdaderas posibilidades de sufragio, tiene frente a esto rango secundario. Porque esta distinción no es constitutiva para el proceso social que legitima la decisión estatal. Más bien en un orden social diferenciado la simple aceptación de la decisiones vinculantes es algo inevadible, tanto como lo es todo otro proceso de generalización —y esto por la simple razón de que el particular está fundamentalmente abandonado a las decisiones del Estado y, de manera todavía más aguda, de forma indirecta: ¿por qué debe él precisamente rebelarse contra las decisiones que se le notifican y con qué sentido? Bajo las condiciones estructurales generales de los órdenes sociales diferenciados la legitimidad de las decisiones estatales es un proceso que en general se sostiene a sí mismo y, a decir verdad, como una forma de lenguaje que es inevitable en la textura de las instituciones y que no puede aceptarse o boicotearse por designio personal. Cualquier otra interpretación atribuiría en las distintas Constituciones estatales demasiada importancia a la conducta normal y subestimaría que el comportamiento del ciudadano frente a las decisiones es totalmente homogéneo, a saber, que acepta sin sublevarse[24] —porque toda otra reacción no tendría sentido y no encontraría apoyo social. Los peligros del sistema político y del orden total no surgen de ciudadanos descontentos o rebeldes como si se tratara de un manantial espontáneo —aunque luego se explique de esa manera— sino de la discrepancia entre las distintas trayectorias de la generalización de

[24] Esto no excluye agotar los medios ofrecidos por el derecho y las posibilidades de influencia, mientras que aquí hablamos sólo de decisiones que vinculan definitivamente.

las comunicaciones que, cuando se vuelven insoportables, fuerzan una regresión del orden total hacia un nivel de desarrollo más bajo con menor grado de diferenciación.

Admitido esto, los derechos fundamentales políticos aparecen también como funciones dirigidas a cada una de las problemáticas de la diferenciación social: mantener separadas las diversas trayectorias de la generalización de las comunicaciones. Queremos presentar con más detalle esta versión en el ejemplo de los derechos activos de sufragio.

La función del derecho de sufragio sólo puede conceptuarse desde la perspectiva de un orden complejo y diferenciado de comunicación. No puede entenderse —incluso si se aceptara nuestro concepto de libertad: actuar que se atribuye personalmente— como simple manifestación de la libertad individual o como el derecho de actuar libremente.[25] La participación electoral del individuo está tan fuertemente estructurada de manera social, que desde el punto de vista del particular es algo que transcurre prácticamente sin consecuencias y que, además, se mantiene en secreto. En tanto que la libertad exige actuar público,[26] de tal forma que no puede concebirse como algo que de alguna manera fuera esencial en la presentación personal del elector. La función latente del derecho-a-votar es otra: *sirve para asegurar la interna diferenciación del sistema político en el proceso de la comunicación política y en el proceso de llevar a cabo decisiones burocráticas*. Con esta diferenciación interna el sistema político entra en concordancia con la diferenciación societal. Mediante esta diferenciación interna (es decir, altamente indirecta) quedará enlazado a la función específica de decidir sobre problemas y únicamente así podrá impedírsele que se expanda a otros ejercicios

[25] Como reflexión al margen sea ofrecida la indicación de que el concepto causal de libertad cubre al parecer la versión oficial del derecho al sufragio como confirmación de la libertad, apoyando así la ideología dominante sobre el derecho al voto —aunque con eso encubre su función. Cfr. para esto arriba pp. 63ss.

[26] Cuando Schutz introduce la libertad (entendida causalmente) impide al voto secreto la capacidad de atribución de la acción, es decir, la implicación simbólica del actuar libre. No sin razón la doctrina liberal —pruebas en Krüger (cap. 2 nota 4), p. 251— se admiró de que el ciudadano en su función pública simultáneamente se privatizara gracias a la función del sufragio universal secreto. En la realidad el voto secreto no sirve a la libertad sino a la separación de roles. Véase abajo p. 159.

de generalización, entre otros a los de la presentación personal.

En ese contexto funcional, formalizado de manera múltiple, el derecho al voto adquiere una posición clave, cuyo significado no puede subestimarse, aunque sea efectivo sólo de manera indirecta. En el caso contrario de un sistema monopartidista con derecho a 'voto sólo de aclamación', el Estado se presenta hermético ante el ciudadano. El Estado suelta sus programas de decisión y exige y obtiene para ello obediencia y colaboración. Las expectativas políticas se traducen de inmediato en obligaciones políticas. El ciudadano no tiene derecho de voto alguno. Lo que se designa bajo ese rubro, el ceremonial del voto lo empleará para otros fines. El peso político lo tendrá el derecho de petición. El ciudadano podrá utilizar el partido político como canal por donde dirigir sus quejas hacia la burocracia estatal —pero dado que programa de partido y burocracia estatal en principio se cubren, la diferenciación de estos caminos de comunicación se queda en puros rudimentos. Mientras esto basta se institucionaliza la libertad de comunicación —pero más allá no hay nada. El sistema político es receloso de toda comunicación abierta y móvil, porque no está en la situación de transformas cualquier comunicación en estabilidad política. El sistema político tiende a infiltrar políticamente la naturaleza de la comunicación —es decir, tiende a fundir esfera política con comunicación social— en vez de institucionalizarla desde la perspectiva funcional específica, así que el sistema pudiera en general desarrollar indiferencia ante la comunicación social —a no ser que fuera relevante para decidir problemas específicos. Además el orden sin derecho de sufragio exige que el ciudadano en sus comunicaciones se identifique con el sistema de acción político —y no por ejemplo con el marco normativo de la Constitución— y que se muestre siendo totalmente leal. Todos estos son rasgos de una diferenciación social que no se ha llevado a cabo por entero. Un orden así desde luego que puede legitimar las decisiones estatales sobre los problemas, pero no puede procurarse consenso en medida funcionalmente específica: no menos y no más de lo que necesitaría para articularse dentro de una estructura de comunicación diferenciada de la sociedad. A la larga se obstaculizará sobremanera el desarrollo de la diferenciación social cuando como principio fundamental de la estructura se reconoce tan sólo la se-

paración de partido y burocracia conforme al esquema fin/medio. Ya que este esquema en su sencillez lineal es poco adecuado para traducir problemas del orden social diferenciado en posibilidades y tareas de acción. En este sistema son de esperarse grietas en la relación cuasi religiosa de partido único con la burocracia y los expertos.

Si, por el contrario, se otorga al ciudadano el derecho de sufragio, esto necesariamente trae como consecuencia (consecuencia de gran alcance) una bifurcación del contacto entre ciudadano y Estado. El ciudadano toma una doble postura: como cliente de las decisiones y como elector.[27] Frente a la burocracia estatal formula él sus intereses específicos como propietario, industrial, contribuyente, destinatario de la ayuda social y, conforme a programas, logra decisiones vinculantes. Como elector se encuentra él en una relación fuertemente generalizada con el Estado. Mediante la estructura de comunicación de las elecciones políticas se exigirá que se despoje de sus motivos personales y de sus intereses.[28] Podrá actuar conforme a motivaciones personales específicas, pero no podrá expresar sus intereses: no pasarán por la rendija de la urna sino quedarán retraídos. Lo que se hará efectivo será la elección entre pocos programas complejos ya preparados y grupos de personas (partidos), quienes —según sea el desenlace de las elecciones— eventualmente se colocarán en la posición de dar indicaciones penetrantes a la burocracia estatal.[29] Al ciudadano se le dejará que tenga influencia

[27] En general —aunque muy injustamente— esta doble posición se caracteriza mediante el status pasivo o el status activo. Una impresión así surge cuando sólo se toman en cuenta las aclaraciones jurídicas y no la totalidad de la comunicación fáctica. En la realidad el ciudadano está entremetido en la administración pública como clientela de decisiones: siempre comunica algo a la administración. Por otra parte, está atiborrado con información política. Por lo general en su status activo despliega él menos energía que en el pasivo. Lo cual quiere decir que con estos conceptos la diferencia no puede aprehenderse. Reside más bien, como el texto habrá de mostrarlo, en las distintas generalizaciones que toman estas dos vías de contactos.

[28] Compárese para esto Talcott Parsons, "Voting" and the Equilibrium of the American Political System, en: Eugene Burdick/Arthur J. Brodbeck (eds.), American Voting Behavior, Glencoe 111. 1959, pp. 80-120. En una lección Parsons habló también de manera ilustrativa de la "función de cuello de botella" de las elecciones políticas.

[29] ¡Enfáticamente pero de ninguna manera exclusiva! Aun la ocupación política de los puestos más altos administrativos no significa que la administración pública quede totalmente determinada por el partido ganador. También los partidos de oposición, en vista de sus

(aunque mínima, inespecífica y poco acertada) sobre el todo, y se esperará de él que reconozca la legitimidad de las decisiones estatales vinculantes —resultado de un largo proceso de procesamiento de la información, que él ni controla ni supervisa.

Podría dudarse si psicológicamente esta expectativa es plausible.[30] Pero, por suerte, la legitimidad de las decisiones estatales se basa, como ya lo vimos, no sólo en esta especulación, sino en una especie de confianza ineludible (un poco indiferente) que se conforma con esta representación global sobre el funcionamiento del sistema político. Para el afianzamiento de esta confianza posiblemente sea significativa una segunda línea de consecuencias del derecho político de sufragio.

Sobre la ya discutida separación de los cauces de la comunicación del ciudadano se funda, a decir verdad, la diferenciación del sistema político entero, la cual delimita su radio de acción. El único enfrentamiento real se dará en las elecciones. Se institucionalizará como lucha por un determinado número de escaños parlamentarios, es decir, como juego de suma cero,[31] con la consecuencia de

---

posibilidades políticas, se encuentran la mayoría de las veces en situación de hacer pasar información política y, sobre todo, la administración se orienta naturalmente por informaciones que no son políticas.

[30] Y no sería seguramente si se supusiera un ser humano racional, un individuo calculador de sus ventajas. Precisamente en esto la temprana doctrina liberal sobre el Estado dudaba de sí misma. La pregunta sería más difícil de decidir si se pone sobre la base una imagen de hombre más realista, en la cual no puede faltar el momento de la necesidad y de la capacidad de ofrecer confianza. Con todo derecho, hace poco, Wilhelm Hennis, Amtsgedanke und Demokratiebegriff, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, pp. 51-70, ha vuelto a recordar a la teoría política el significado del servicio oficial y del concepto de democracia. También la sociología ha empezado en el plano teórico y empírico a ocuparse del problema de la confianza en el sistema. Piénsese en la investigación sobre 'el clima de la empresa'. En los órdenes sociales diferenciados existe una mezcla de confianza e indiferencia frente a los grandes sistemas, de los que se depende sin poderlos controlar —aunque son imprescindibles para la conservación de la vida cotidiana.

[31] El significado de la premisa constante-de-suma-cero para el problema del poder político necesita investigarse a fondo. Ensayos sobre eso en Parsons (cap. 7 nota 12), pp. 250ss., —sin remitirse a la teoría de juegos matemática. Para las siguientes disquisiciones son determinantes tres tesis, que aquí no podemos fundamentar más a detalle: (1) se entiende de por sí que la condición de la constante de suma cero, en cuyo encasillado se desarrollará el poder político, no se entiende como en la teoría política clásica; (2) que más bien se pone en obra a través de particulares disposiciones institucionales, es decir, mediante la disposición de un número determinado de 'cargos' con competencias específicas; (3) y que cuando acontece

que el triunfo de un partido se tomará, *en la misma medida,* como pérdida del otro. Esto es lo que hace posible una especie de racionalización del actuar político, a saber, sustituir fines objetivos por fines formales (triunfos electorales), de tal forma que fines y medios se intercambian frente a las expectativas 'naturales' sociales y los triunfos electorales no se perseguirán por sus fines objetivos, sino los fines objetivos se pretenderán para conseguir fines electorales.[32] Con esto y, sobre todo, enlazándose a fines que según las reglas del juego se proclaman como *fines de partido*,[33] la legitimidad del estrecho juego de la política se hará problemática. Esto no debería

no sólo tiene carácter de racionalización del actuar en competencia sino, al mismo tiempo, carácter sistémico, ya que posibilita un relativo aislamiento (del tipo 'juego') del conflicto frente a otros acontecimientos sociales.

[32] Un conocido desarrollo de este pensamiento lo hizo Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946, pp. 427ss. Un esbozo menos conocido sobre el actuar bajo esta condición de modelo político racional —desgraciadamente sobre la base de un concepto de racionalidad proveniente de la teoría económica clásica y por tanto irrealista— lo intentó Anthony Downs, An Economic Theory of Democracy, Nueva York 1957.

Aun aquí sería necesaria una aclaración, que sobrepasa el marco de este trabajo. Una alteración así de fines y medios no se ve con buenos ojos y se piensa con reproche. Ha sido especialmente criticada por la investigación de la burocracia. (Cfr. sobre todo Robert K. Merton, Bureaucratic Structure and Personality, Social Forces 18 (1940), pp. 561-568, reimpr. en ídem: Social Theory and Social Structure, 2ª ed. Glencoe 111. 1957, pp. 195-206; Peter M. Blau, Bureaucracy in Modern Society, Nueva York 1956, pp. 93ss..; David L. Sills, The Volunteers, Glencoe 111. 1957, pp. 64ss.; Heintz (cap. 3 nota 20), pp. 172ss., y el intento fallido de una verificación empírica por parte de Francis/Stone (cap. 1 nota 18), esp. pp. 37ss.). Se encuentra también un paralelismo interesante en la esfera política cuando, y en la medida que, su racionalización se obtiene a través de la premisa de la suma constante. (El estudio clásico de este problema es naturalmente: Robert Michels, Zur Soziologie des Parteiwesens, reimpr. 2ª ed. Stuttgart sin año. (1957), el cual no debe leerse sólo como estudio de la burocracia de partido). No se trata allí de un valor de lamentación sobre la debilidad de la naturaleza humana, de un quedar atrapado por fines inmediatos, sino de un reagrupamiento de los puntos de vista sobre los valores, que un actuar racional posibilita siguiendo enfoques relevantes específicos de los sistemas (aunque no válidos en general y, en esa medida, necesitados de ponderación). Este tipo de racionalización mediante formación de subsistemas con puntos de vista divergentes y de reglas de generalización, es un rasgo característico del proceso general de la diferenciación social y, en esa medida, habría que enjuiciarlo positivamente.

[33] Esta carencia de legitimación de la representación de sólo una 'parte' puede seguramente atenuarse con la formalización de la diferencia de partidos. Los partidos sostienen también todos los fines de los otros partidos —se diferencian tan sólo como organizaciones. Su poder de abrirse camino se basa en confiar en la buena voluntad y en la capacidad de los dirigentes y en la habilidad que tengan de traducir esos fines conforme a la situación.

ser ocasión para echárselo en cara. En el fondo se entiende de por sí que un sistema que debe proporcionarse legitimidad no *posee* legitimidad. La legitimidad incierta del político es prueba de la pérdida de función —pérdida que es de esperarse a consecuencia de la especificación y formación de los sistemas parciales. La política necesita para su total legitimación que en el Parlamento la decisión burocrática o las autoridades transformen los resultados. La política tiene únicamente para sí sola la función de construir bases estables de poder.

El juego en la arena política se cierra sobre sí mismo mediante sus reglas —las cuales estructuran las propias posibilidades del momento. Se aísla mediante su propia complicación: interpone tantos detalles y presupone tanto conocimiento (sobre todo conocimiento personal) que continuamente debe estar al día, que desde fuera ya no se hace transparente. Las comunicaciones ordinarias, la formulación de intereses, la participación de las necesidades, las protestas airadas deberán primero traducirse para que adquieran valor político. Al traducirse se participarán en otro contexto, se confrontarán con otros hechos, se cambiarán, se generalizarán y esto se hará por segunda vez cuando esta información política relevante deba entregarse a la administración pública. Con esto se constituye una relación de dependencia estructural mutua (de relativa invariancia, o mejor, de variabilidad independiente) entre política y otras esferas de la sociedad, sobre todo la economía.[34] La diferenciación social encuentra allí un fuerte (e imperceptiblemente efectivo) apoyo institucional.

La institucionalización de este estilo racional de comportamiento en los asuntos del poder no tiene en último lugar el sentido de regular el cambio en la utilización de poder y de desactivar su fuerza explosiva.[35] Esto también es consecuencia de la regla de que

[34] Así no es ninguna casualidad que la versión arriba esbozada de política se sostenga especialmente por autores de la ciencia económica, a quienes les toca comprobar la compatibilidad estructural (por tanto una relativa dependencia entre política y economía) de la democracia política con el orden económico —tanto capitalista como socialista. Véase además de Schumpeter necesariamente a Albert (cap. 5 nota 5 — 1954 —), esp. pp. 113ss.

[35] Regulación del cambio de poder en el sistema político significa diferenciación del consenso político en el consenso del sistema y en el consenso de las personas. Con eso se vuelve

el juego del poder está dirigido a la retención del puesto y no en primer lugar a la prosecución de fines objetivos. Por eso no es posible comportarse de manera racional en el sistema político apelando a fines cuando, a pesar de una derrota, no se hace entrega del poder. La normalización del cambio del poder subordinando el programa de pensamiento a los votos y a las orientaciones de los puestos tiene, sin embargo, el presupuesto de que junto a la esfera política debe crearse otro sistema parcial: la burocracia estatal (Parlamento, administración pública, tribunales) que piensa conforme a programas y decide. Requiere, con otras palabras, una diferenciación interna del sistema político en el área de política y administración pública.

El derecho político de sufragio no tiene la función de entregar en las manos a cada ciudadano particular un medio para sus intereses personales y para que imponga sus opiniones. No puede aprehenderse en términos de libertad individual. Más bien permite al ciudadano participar en el sistema político en un rol que es estructuralmente importante para conservar un determinado proceso del manejo de la información. El ciudadano reparte las cartas del juego político. Se beneficia de manera general en el sentido de que de esa forma las informaciones se manejarán de esa manera tan peculiar. Sus ventajas no están en las oportunidades de influir: el sistema político mediará su influencia.

La sistematización de la esfera política como arena con su propia relevancia —con sus propios criterios de racionalidad, con su propio lenguaje— garantiza una cierta neutralidad política de la burocracia estatal (colocada junto a la política) que se muestra como un observador interesado y afectado por el juego político. La administración pública está con el oído pendiente a la política, pero no puede seguir sin oponer resistencia todo el juego de movimientos

---

alcanzable todo efecto de movilidad limitada, del cual ya tuvimos noticia en el ejemplo de la jerarquía de las leyes (arriba p. 28s.): volver posibles cambios sin que se toquen los valores fundamentales del sistema. La jerarquía no es la única forma en la que tales estructuras aseguradas de variabilidad puedan institucionalizarse. Y la antigua doctrina de que el pueblo está por encima del parlamento, éste del gobierno, éste de la administración, no es de ninguna manera un modelo de representación inmutable del orden político. Para lo que significa regular el cambio de poder en vista del consenso y de la formación de poder en el sistema político, compárese Rudolf Wildenmann, Macht und Konsens als Problem der Innen und Außenpolitik, Frankfurt-Bonn 1963.

de las fuerzas políticas. Tiene contacto directo con el ciudadano —a quien específicamente llamará 'público'.[36] De la administración pública se espera que desarrolle sensibilidad en dos direcciones:[37] una cierta independencia de juicio y ella, en principio, llena esta expectativa replegándose a los programas decisionales en aumento (sean programas de fines o programas rutinarios),[38] en los cuales la administración pública encuentra su propio lenguaje —lenguaje que políticos y público deben seguir si quieren informar con eficiencia a la administración pública.[39]

Más allá la separación entre política y administración pública hace posible que las exigencias de capacidades —condiciones de éxito y morales de conducta— de cada uno de los sistemas parciales se institucionalicen de diversa manera mirando cada uno para sí. Agilidad política y arte de presentar las cosas, por un lado; conocimiento profesional y competencia detallada debido a la posición, por otro: juntos no podrían vivir bajo el mismo techo; separados es como se perfeccionan mejor.

Otro punto de vista se refiere a la organización interna de la administración pública. La administración pública en razón de

[36] A nuestra administración federal le falta mucho este contacto. Vive en un mundo de información procesada ya o por la política o por los gremios organizados. Deberían de investigarse las consecuencias de esta situación sobre todo con respecto a su independencia. Además puede preguntarse a la amplia reglamentación jurídica del actuar de la administración pública si no terminará volviéndola incapaz de recibir de su público *nueva* e inesperada información.
[37] Junto a eso adquiere un gran significado y legitimidad un tercer límite en el sistema de la administración: las necesidades espirituales de los familiares de quienes trabajan en ella.
[38] Sobre el sentido y la diferencia de estas dos formas de programas véase Niklas Luhmann, Lob der Routine, Verwaltungsarchiv 55 (1964), pp. 1-33.
[39] Los reparos están a la mano contra esta huida hacia el programa especial con su propio aplazamiento de fines/medios. Se han discutido en la literatura anglosajona a partir de una antigua aversión contra los especialistas. Esto lleva a la pregunta de en dónde pueden estar las garantías de la interna independencia y de la neutralidad de la administración. Por eso de manera muy consecuente desarrolla Fritz Morstein Marx, The Higher Civil Service as an Action Group in Western Political Development, en: Joseph LaPalombara (ed.), Bureaucracy and Political Development, Princeton N. J. 1963, pp. 62-95, como precaución contra los especialistas, la concepción de un actuar de grupo —orientado de manera general, con prestigio y capacidad ejecutiva aunque políticamente independiente— de altos burócratas como centro del sistema de administración. Véase también el trabajo aparecido en la serie de la Universidad de Speyer del mismo autor: "Das Dilemma des Verwaltungsmannes". Además para eso Bernard Gournay, Un Groupe Dirigeant de la Société Française: Les Grands Fonctionnaires, Revue Française de Science Politique 14 (1964), pp. 265-242.

su unidad, generalidad y efectividad de sus decisiones está organizada jerárquicamente. Las estructuras sistémicas jerárquicas son típicamente asimétricas y, por ello, desequilibradas. Para entrar en equilibrio requieren un *vértice externo como base del poder*. En los grupos pequeños este vértice puede encontrarse en las capacidades extraordinarias del dirigente, fijadas en los derechos de propiedad o en el prestigio social o en lo que sea. Puede también estar construido de manera elástica, específicamente funcional y dirigido a problemas mediante un proceso social ad hoc —y esto es lo que sucede para la administración pública en el campo previo del proceso político: allí se decide sobre la ocupación de los puestos de dirigencia de la administración pública.

La función más importante de esta separación entre política y administración pública quizás consiste en que la administración asegura la independencia de decisiones frente al público. El juego político organiza la base de poder de la burocracia —base sobre la cual la burocracia puede decidir por medio de programas elaborados conforme a una validez abstracta y especial sin acepción de personas, sin hacerse dependiente de los deseos del público y de sus peticiones especiales de contra prestaciones. La separación entre política y administración pública hace posible la aplicación práctica de la igualdad ante la ley —cosa que veremos en el capítulo siguiente. Sin esta separación o allí donde no resulta que la esfera política absorba las demandas de necesidades de la sociedad para transformarlas en poder de decisión, se desarrollan en la administración pública fronteras con el público que toman el carácter sistémico de intercambio. Aquí también pueden ilustrar los ejemplos de los países en desarrollo[40] de cómo es difícil desarrollar instituciones que liberen al sistema de comunicación del-poder-político de los vínculos particulares y que lo generalicen.

La bifurcación de caminos comunicativos, que en relación con el Estado se ofrece al ciudadano, es el punto de partida para la

[40] Otro ejemplo: el cansino forcejeo entre la monarquía absoluta de la temprana edad moderna europea y la aristocracia tradicional con sus ideas particulares sobre sus derechos —forcejeo que desembocó en la autonomía de las decisiones políticas, en la democratización del dominio y en la interna diferenciación del sistema político, independientemente de si en el caso particular el monarca o a la aristocracia resultaba ganador.

construcción de una estructura muy complicada de procesamientos de información —estructura que atraviesa a sistemas parciales con diferentes lenguajes y con intensas relaciones mutuas de comunicación. La tensión estructural más importante (que se localiza en este orden de política y administración pública) se produce porque el ciudadano tiene dos posibilidades abiertas (con diferentes grados de generalización) de expresarse: a él mismo —en una decisión electoral— se le deja transformar resoluciones estatales específicas que más o menos directamente le incumben en aplauso o desengaño. Con esto será requerido en su individualidad —aunque también como participante de un grupo pequeño de procesos de establecimiento de opinión—[41] para una función en el círculo de la comunicación político-administrativa, *sin que necesariamente su presentación individual o sus relaciones comunicativas fuera del Estado tengan que politizarse.*[42] *Para la conservación de la dinámica del sistema político es mucho más importante que esto no suceda, porque sólo así puede mantenerse la posibilidad de cambio en el poder y, con ello, conservarse separada la arena política de la burocracia estatal.*

La precondición necesaria para esto es que se impida la pretensión social de aprobación en su desarrollo natural de volverse norma. Frente a esto —contrario a lo que es de esperarse en

[41] Desgloses importantes son de agradecer a la investigación norteamericana sobre el comportamiento en las elecciones, sobre todo a partir del levantamiento de datos de las campañas presidencias de 1948 y 1952 realizados por Bernard Berelson/Paul F. Lazarsfeld/ William N. McPhee, Voting, Chicago 1954, y Angus Campbell/ Gerald Gurin/Warren E. Miller, The Voter Decides, Evanston 111. 1954. Véanse también los análisis secundarios en Burdick/Brodbeck (cap. 7 nota 28) y la panorámica sobre la investigación en Robert E. Lañe, Political Life, Glencoe 111. 1959 y en Lipset (cap. 2 nota 13), sobre todo. pp. 191ss.; además Herbert McClosky/ Harold E. Dahlgren, Primary Group Influence on Party Loyalty, American Political Science Review 53 (1959), pp. 757-776, y William Erbe, Social Involvement and Political Actívity: A Replication and Elaboration, American Sociological Review 29 (1964), pp. 198-215.

[42] Compárense para esto los interesantes resultados de la investigación de Almond/Verba (cap. 5 nota 25), esp. pp. 288ss., 492, que en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos —más fuertemente que en Alemania, Italia y México— el pueblo se manifiesta en contra de que se politicen sus relaciones humanas privadas (familia, círculo de amigos), aunque en esos países el significado de los “primary groups” para la formación de la opinión política se valora muy altamente. La posición: separar las opiniones políticas de las relaciones personales íntimas —sin hacer de eso foco de posibles conflictos—con todo y su interna contradicción parece traer éxitos de alejamiento y vinculación del sistema político con el resto del orden social.

los órdenes sociales simples— el reconocimiento de determinados programas o de determinados líderes (que han logrado imponerse) no debe manejarse como deber.[43] A pesar de lo fuerte de los intereses, a pesar del entusiasmo que levanten las expectativas de unanimidad, su reconocimiento debe mantenerse manifiestamente libre —una disposición cuya artificialidad y cuya dificultad de establecimiento debe tenerse ante los ojos, si es que quieren comprenderse los complicados presupuestos de los que también aquí depende la diferenciación social.

De aquí se siguen algunas consecuencias sobre el rol de elector, las cuales se apartan de manera considerable de la representación de un "elector racional" y de las correspondientes pretensiones excedidas de la doctrina del Estado liberal.[44] El rol de elector no presupone —como se oye con frecuencia— un lector de periódico ilustrado, capaz de emitir juicios o incluso 'formado políticamente'. Si más de dos partidos tienen peso y por eso deben formar coaliciones, para el elector es tan difícil advertir la constelación política, que no puede elegir en razón de un juicio ponderado sobre su comportamiento político, sino en razón de su ideología proclamada: los partidos deben diferenciarse ideológicamente para ofrecerle al elector ayuda para una elección no-racional. En un sistema bipartidista, por el contrario, las alternativas de los programas que se le ofrecen al elector se diferencian tan poco, que él sólo puede elegir por razones más o menos irracionales.[45] Naturalmente es necesario un cierto *common sense* que separe los casos extremos y los deslices escandalosos, así como un cierto conocimiento del rol para saber

[43] Como contraste compárense las deducciones de Max Weber sobre el deber de reconocimiento del carisma (cap. 5 nota 18), p. 140 y p. 663. También en la legitimidad tradicional —aunque en condiciones menos problemáticas y por eso menos expresas— se exigirá el reconocimiento normativo. Sólo donde se logra separar institucionalmente el reconocimiento *del sistema* del reconocimiento de los fines y del dirigente *en el sistema*, puede el último también normativamente dejarse a la decisión individual.

[44] Que esta representación tuvo primero el sentido práctico de alejar de las elecciones a estratos del pueblo sin "formación y sin propiedad", no requiere que se aclare su actual difusión. Para su extendida crítica compárese arriba la literatura citada en las notas 41 y 42.

[45] Parsons aporta sobre esto los pensamientos más importantes (cap. 7 nota 28), pp. 94ss.: que esta necesidad de ayudas de decisión no-racionales en las elecciones hacen dependiente al sistema político de logros de orden que en otros sectores de la sociedad se producen.

qué participaciones corresponden a qué camino. Las exigencias de tipo intelectual e informativo se sitúan muy por debajo.

En lugar de esto las reflexiones de la teoría funcional se muestran en concordancia con los resultados de la investigación empírica:[46] *la capacidad de mantener la separación de roles* es la característica determinante de la estructura. Sobre todo la separación del rol de elector de todos los otros roles (económico, profesional, familiar, asociativo, cultural— como de manera muy diversa y en muy distintas combinaciones se dan en la totalidad de los electores) es lo que le confiere a la confrontación política la especificidad de ser un acontecimiento relativamente independiente, arriesgado, pero también disciplinado. El actuar político no está atado a intereses específicos de tipo económico, locales, confesionales —aunque deba prestar atención a todos ellos. No existe entre Estado y sociedad ninguna relación de 'correlación invariante' sino una relación de 'variabilidad independiente' que debe coordinarse mediante decisiones. Sólo de esa manera en la lucha política se introduce la posibilidad de ganar o perder, la posibilidad de cambiar la mayoría.[47] Y sólo esa diversidad y separación de roles es lo que posibilita que la oposición de partidos (sobre todo en el caso del bipartidismo) sea algo acotado a la esfera de lo político y que no acometa con el mismo frente el campo de las relaciones religiosas, culturales, económicas, familiares y asociativas, fragmentando de arriba abajo a la sociedad.[48]

[46] Compárese para esta concordancia especialmente a Parsons (cap. 7 nota 28).

[47] Aquí debe recordarse el muy discutido fenómeno en la sociología electoral del '*floating votes*' —juzgado de muy diversas maneras. Véase la panorámica de la investigación en Max G. Lange, Politische Soziologie, Berlín-Frankfurt 1961, pp. 122ss.

[48] Debe anotarse aquí que las sociedades diferenciadas tienen un mayor potencial de conflicto interno que las sociedades no-diferenciadas y, a pesar de eso, pueden ser estables porque (1) la líneas de conflicto están fragmentadas de muy diversas maneras, de tal forma que para una contienda abierta es difícil encontrar aliados que en algún momento no mantengan algún tipo de relación con el enemigo. Y (2) porque los intereses están más fuertemente especificados, de tal suerte que pueden encontrarse combinaciones y posibilidades de compensación como base del entendimiento. Mucho de esto se encuentra ya en Georg Simmel, Soziologie, 2ª ed. München-Leipzig 1922, pp. 186ss. Además Lewis A. Coser, The Functions of Social Conflict, Glencoe 111. 1956, y la interesante afirmación de Gluckman (cap. 7 nota 10) de que para algunas tribus africanas la diferenciación de lealtades mediante un amplio sistema ramificado de vínculos de familia basta en la práctica para ahorrarse la función pacificadora del poder político.

Separación de roles evidentemente no significa que el votante no transfiera a su rol de elector ninguna de las motivaciones de los otros roles. Quiere decir tan sólo que esta transferencia no se da de manera automática sólo porque el contexto sea evidente —como cuando un trabajador vota por la social democracia porque no ve otra posibilidad. Quiere decir más bien que la elección requiere un pensar y decidir frente a alternativas. El elector dispone sin excepción de una mayoría de roles y, no por último, de su propio entenderse como personalidad individual ante la elección —y esto no pocas veces de manera contradictoria. La decisión individual carga con la tensión de ser punto de confluencia de diversos círculos de comunicación, un dilema, pues. Dilema que se destaca a partir del supuesto de que la decisión electoral debe ser racionalmente objetiva, de la apatía indiferente que se deja influir por el último póster de propaganda, de la línea de fidelidad de aquel que vota siempre por un mismo partido y que, de esa manera, se presiona antes de la decisión, de la abstinencia electoral y del apresurado entregarse a movimientos de moda o a líderes con los que se simpatiza y que ofrecen distintas sendas como equivalentes funcionales. La estabilidad del orden político parece sobre todo consistir en que ninguna de estas tendencias domine linealmente y a la larga.

Este dilema —de que debido a que en las posiciones siempre están puestas expectativas contradictorias surja la necesidad de una esfera de secreto— se descargará sobre todo por la institución del secreto electoral.[49] Históricamente, en una situación en que todavía no están plenamente separados Estado y sociedad, el secreto electoral tiene el sentido de proteger al elector frente a roles-de-expectativas por parte del sistema político. Pero esta es sólo una de las posibles presiones y tendencias de fusión. La teoría liberal justifica el secreto electoral como condición de la 'verdadera' exteriorización de la opinión —ve por tanto a la verdad como la prestación social del individuo no influenciado.[50] En la nueva perspectiva sociológica esto

[49] Esto es válido, por ejemplo, para los roles de enlace en los sistemas de organización. Compárese Luhmann (cap. 1 nota 11), pp. 212ss., 234. Aquí puede en parte encontrar su explicación el deseo del ciudadano de privacidad doméstica y de proteger la reserva de su intimidad.

[50] Véase la mirada histórica sobre el instituto de Erwin Jacobi, Zum geheimen Stimmrecht,

aparece como mecanismo de la separación de roles —mecanismo que está anclado en los derechos fundamentales políticos. La protección contra la mirada facilita la decisión electoral bajo exigencias muy contradictorias, dejándole al particular que resuelva el cómo, a quién y qué explicación le da él a su elección.[51]

El derecho fundamental político de elección (general, directa, libre, igual y secreta) seguramente no es, a pesar de todo esto, un derecho escrito al desnudo, pero sí llena, presuponiendo otras condiciones, una función del derecho fundamental, a saber, el proceso social de construcción del poder legítimo: al mantener separada la generalización de las comunicaciones políticas de otros deberes y de otras necesidades de comunicación hace que éstas conserven una cierta autonomía y una racionalidad específica. *La interna* racionalidad *del sistema de decidir sobre problemas a partir de criterios propios* se coloca en lugar *de la orientación puramente externa a los límites del actuar,* a los límites de la fuerza física o a las fidelidades previas. Así puede trabajarse la problemática del entorno del sistema político: al desplazar el problema de fuera hacia dentro se vuelven posibles una gran autonomía del sistema y mejores logros de las funciones específicas.

Bajo el postulado de esta prestación la más importante se vuelve la alta diferenciación de roles.[52] Sin ella —como de nuevo

---

Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, pp. 141-153.

[51] Así sobre todo Stein Rokkan, Mass Suffrage, Secret Voting, and Political Participation, Europäisches Archiv für Soziologie 2 (1961), pp. 132-152 (133) y de él también: The Comparative Study of Political Participation: Notes Toward a Perspective on Current Research, en: Austin Ranney (ed.), Essays on the Behavioral Study of Politics, Urbana 111. 1962, pp. 45-90 (sobre todo. 66ss., 77ss.). Una observación propia puede apoyar esta tesis: en el pueblo donde vivo, que confesionalmente es homogéneo y que muestra una interdependencia social intensiva, no era posible —a pesar del descontento con el Concejo municipal— dar una lista de candidatos del partido de oposición, porque no había suficientes candidatos que de manera personal y en principio política se identificaran con la dirección divergente. La lista de grupos libres no-políticos obtuvo casi la mitad de los votos. Para las candidaturas no existe naturalmente la salvaguarda del secreto del sufragio.

[52] No de subestimarse es naturalmente también la necesidad de un aparato administrativo confiable, que lleve él mismo el registro de la población y las elecciones. Para esto desde la perspectiva de la administración de una colonia inglesa T, E. Smith, Elections in Deyeloping Countries: A Study of Electoral Procedures Used in Tropical África, South-East Asia and the British Caribbean, Londres 1960. Véase también W. J. M. Mackenzie/Kenneth Robinson (eds.), Five Elections in Africa, Oxford 1960; Jaques J. Maquet/Marcel d'Hertefelt, Electio-

aquí lo ilustra la experiencia de los países en desarrollo— apenas si es posible conferirle a las elecciones políticas el sentido de textura de un nuevo círculo de acción. Y de no darse esto, la burocracia administrativa (si es que llega a levantarse) permanece como sede estatal dominante[53] —aunque atrapada por confrontaciones indirectas con los intereses privativos sociales y con las vinculaciones particulares. Le hará falta la cualidad de un sistema con pluralidad de límites, que le permita obtener neutralidad y capacidad independiente de prestación. Deberá entonces crear sus bases de legitimación y no podrá simplemente decidir, sino tendrá que hacer publicidad, incentivar, instruir y articular intereses, convencer y coaccionar, en una palabra: llenar funciones políticas.[54]

Las muy discutidas dificultades de combinar burocracia y democracia política dan pie a que se establezca una hipótesis: estos dos sistemas parciales del orden total político se forman y se unen cuando el sistema político en su totalidad se ha delimitado específicamente por funciones y cuando socialmente se ha diferenciado. Sólo cuando con esto, por una parte, se ha descargado de problemas y, por otra, se ha vuelto algo relativamente autónomo, la coexistencia

ns en société féodale: Une étude sur l'introduction du vote populairé au Ruanda-Urundi, Brüssel 1959.

[53] Compárese Lucian W. Pye, The Political Context of National Development, en: Irving Swerdlow (ed.), Development Administration: Concepts and Problems, Syracuse N. Y. 1963, pp. 25-43, y los estudios ya citados en la colección de Joseph LaPalombara, los cuales reflejan la preocupación norteamericana sobre el estado desigual de desarrollo entre la vida democrático-política y las burocracias administrativas en países en desarrollo. Un equilibrado crecimiento de las dos partes del sistema político seguramente no puede alcanzarse sólo con la introducción de los derechos fundamentales políticos e instituciones según el modelo de Occidente. El pensamiento de que a la esfera política hay que activarla primero con partidos unitarios ya no les parece incluso a los norteamericanos tan inentendible, aunque naturalmente nadie puede decir lo que de allí resultará. Véanse las importantes indicaciones de Parsons (cap. 1 nota 7), p. 248, de que en los inicios históricos la burocracia y la democracia política se dieron en distintas sociedades de manera separada y de que el primer intento de unirlas en Roma fracasó.

[54] Véase Shmuel N. Eisenstadt, Problems of Emerging Bureaucracies in Developing Areas and New States, en: Bert F. Hoselitz/Wilbert E. Moore, Industrializaron and Society, (UNESCO-Mouton) 1963, pp. 159-174; Alvln H. Hanson, The Administration of Planning, Indian Journal of Public Administration 9 (1963), pp. 149—161; Hamzah Merghani, Public Administration in Developing Countries — The Multilateral Approach, en: Burton A. Baker, Public Administration: A Key to Development, Washington 1964, pp. 25- 40.

de elementos heterogéneos como política y administración puede entonces realizarse. La diferenciación interna del sistema político en política/administración presupone la diferenciación societal general.

8
La fundamentación de las decisiones estatales: la igualdad ante la ley

Hemos extraído primero, del catálogo clásico de los derechos fundamentales, los antedichos derechos de libertad y dejado allí de lado los derechos de igualdad. La función social de los derechos de libertad ha quedado ante los ojos en su unidad y divergencia —aunque referida no de manera tan simple a la personalidad como lo piensa la dogmática dominante. Lo que se ha ganado con ello es la base a partir de la cual podemos dar el siguiente paso para concentrarnos en los derechos de igualdad. La pregunta que nos guiará es la de si puede seguirse sosteniendo el entendimiento adquirido sobre los derechos fundamentales: proteger la diferenciación societal contra tendencias regresivas de fusión del sistema político —o si las funciones de estos dos derechos fundamentales son tan heterogéneas que no dejan agruparse en una concepción compacta, sino que se manifiestan en un simple yuxtaposición casual e históricamente determinada.

En el siglo XVIII se anclaron los derechos de libertad y de igualdad en la naturaleza del ser humano entendida como esencia dotada de razón. Por la razón todos los hombres se presentan como iguales —la prueba que se aducía es que mediante el desarrollo de la ciencia existía la posibilidad de lograr el consenso. Mediante la razón los seres humanos estarían en condiciones de limitar (así se suponía al menos) su libertad con la libertad de los otros. En esta

tan injustificadamente voceada doctrina 'individualista', el individuo *concreto* no juega ningún papel. Esta concepción sólo pudo surgir proclamando el sentimiento (un proceso de equilibrio enteramente individual) como situación básica de la humanidad del ser humano. El siglo XIX rompe con ella en razón de acontecimientos factuales en la sociedad. Individuo y sociedad hacen su aparición de manera concreta —aunque cargada de más tensión y más dinamismo. Libertad e igualdad se entienden ahora como trayectorias hacia valores divergentes, cuya contradicción se convierte en palanca del desarrollo: el equilibrio será, pues, algo que deberá conseguirse. El siglo XX no ha revelado su versión a esta pregunta.

Quizás debamos empezar afirmando que la crasa contraposición conceptual entre libertad e igualdad es una versión demasiado simple —y por eso inutilizable— del problema: comparable con la versión hermana de la rígida contraposición individuo/colectividad. Un problema formulado de esta manera puede por supuesto desarrollarse dialécticamente, pero nunca llegar a solucionarse. Nosotros hemos investigado esta fórmula del lado de la libertad y hemos encontrado que en ella se encuentra una estructura compleja diferenciada, la cual debe generalizarse en distintas direcciones (individualización de la personalidad, civilización de las expectativas del comportamiento, orientación de las necesidades económicas por el dinero y legitimación del poder político) para poder soportar un orden social diferenciado. La exigencia de igualdad no es que se coloque junto a estas direcciones de generalización —necesitadas de defensa— sino se refiere a estas cuatro juntas. La diferencia de la igualdad con respecto a los derechos de libertad no está en su función (por tanto en ser el último fundamento de la protección jurídica) sino en las esferas de acción reglamentadas.

Los derechos de libertad formulan el derecho de actuar del ciudadano. Ven el peligro inmediato en un actuar llevado desacertadamente por el particular —por eso obligan al Estado a respetar y a conservar la esfera de libertad del ciudadano. El derecho del ciudadano es el bien jurídico primario, el Estado se someterá a su voluntad. Con el derecho de igualdad sucede exactamente lo contrario. Su problema de referencia es indefectiblemente el actuar del Estado en caso de que no respete la exigencia de una sociedad

diferenciada, y sólo en segundo lugar —como reflejo del interés por ese orden— adquiere el ciudadano un derecho subjetivo de igualdad para controlar y sancionar el deber primario del Estado. El poder de voluntad del ciudadano —anclado en el derecho fundamental— tiene aquí tan sólo significación jurídica, pero ningún sentido decisivo para su actuar particular. En ambos casos derecho y deber se corresponden por igual —pero, en un caso, los intereses de regulación y la formulación del-deber-ser se sitúan en el derecho del ciudadano; en el otro, en el deber del Estado.

Si esta versión es correcta —cosa que trataremos de mostrar enseguida—[1] la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad está condicionada por el hecho de que el Estado está constituido como sistema específico de la acción política: la distinción es ella misma consecuencia de la diferenciación social. Esto refuerza nuestra sospecha de que en la diferenciación social no sólo se encuentra el último problema de referencia de los derechos de libertad y también de los derechos de igualdad, sino incluso la distinción de estos dos grupos de derecho. Cuando en el orden social se forma un subsistema relativamente autónomo para tomar decisiones que vinculan, pueden surgir dos peligros: a) que el ciudadano se vea obligado, en razón de las decisiones vinculantes, a un actuar que no corresponde a la estructura social diferenciada —en oposición a los derechos de libertad; b) que las decisiones del Estado no correspondan a las exigencias estructurales de un orden social diferenciado —en oposición a los derechos de igualdad. Por parte del orden jurídico esta distinción se 'objetivará' y de ser una distinción a partir de problemas de referencia se transformará en una distinción de bienes jurídicos y derechos subjetivos —su diversidad vendrá a ocultar la unidad de la función y la dejará como algo latente.[2]

La dogmática sobre el axioma de la igualdad interpreta —como corresponde a toda dogmática— un contexto de sentido previamente constituido. Toma, como previamente dados, dos

[1] Compárese también mi trabajo más fuertemente dirigido a la discusión actual y a la jurisprudencia sobre la teoría de la justicia: Luhmann (cap. 6 nota 49), pp. 52ss.
[2] Volveremos a retomar y trabajar en el cap. 10.

puntos de partida: 1) que el principio de igualdad es un derecho fundamental en el sentido de pretensión subjetiva contra el Estado y 2) que la igualdad es un valor y con ello se piensa de manera general en el componente valoral de la justicia. Estas dos premisas obstaculizan las puertas de entrada sobre el sentido de la igualdad. Su comprobación será el mejor camino para introducir un análisis funcional del principio de igualdad.

La representación de la igualdad surge en el siglo XVIII a partir de la disolución del pensamiento jurídico basado en la tradición ética y del cambio de pensar la norma como obligatoria a un tipo de pensamiento de reivindicación.[3] En la actualidad esto no ha sido absorbido por la dogmática jurídica ni, por cierto, por la teoría de los derechos subjetivos. Permanece como algo misterioso cómo alguien que tiene un determinado derecho no sólo actúe conforme a ese derecho, sino que paralelamente pueda sobre todo aspirar a que se le trate conforme al principio de igualdad. La disolución del concepto de propiedad mediante la jurisprudencia del derecho de expropiación es la ilustración más impresionante de esta problemática. Allí donde el pensamiento sobre la igualdad toma piso como forma llena de pretensión, parece que tiene que pagar con la destrucción de los (precisamente individuales y bien ganados) derechos subjetivos.

Sobre eso no habría que extrañarse. El pensamiento sobre el principio de igualdad se siente en casa con el derecho objetivo y tiene allí un significado tan fundamental que necesariamente hace saltar en pedazos la fuerza de la versión del derecho subjetivo particular. La igualdad sirve como principio de generalización del derecho objetivo y no se deja aprehender en esta función —aunque se trate de un derecho fundamental— en la perspectiva estrecha de un derecho subjetivo especial. Si se intenta hacer esto entonces el derecho subjetivo se disuelve o se tratan de manera inadecuada los pensamientos sobre el principio de igualdad. Así como en las ciencias económicas y en la sociología se distingue entre niveles macro y micro en la formulación de un problema, así en la ciencia jurídica se aprende que una cierta estructura del problema del

[3] Para esto arriba en la p. 27.

derecho objetivo no puede formularse directamente como derecho subjetivo —afirmación que no excluye, sino precisamente exige, operaciones de transformación de un nivel a otro.

La doctrina de la igualdad no afirma que cada uno debe tener los mismos derechos (en este caso el carácter jurídico del derecho sería impensable) sino que el orden jurídico de una sociedad diferenciada debe estar generalizado conforme a exigencias estructurales. Entre estas exigencias la más importante es la 'destemporización'[4] del derecho. El derecho debe estar generalizado temporalmente en el sentido de que la resolución judicial no dependa en principio de un punto en el tiempo. Un caso jurídico que acontece el 17 de junio debe resolverse de la misma manera que uno que sucede el 18 —a no ser que el derecho vigente haya cambiado. La destemporización del derecho es la premisa básica de una administración racional del derecho.[5] Sin esta destemporización no podría esperarse que hubiera decisiones jurídicas y no habría posibilidad de orientarse por ellas. Sin destemporización no sería pensable un proceso de resoluciones judiciales que transcurrieran en el tiempo ni legislación ni cambio del derecho vigente. Sin igualdad —en este sentido temporal— sería imposible decidir entre cambios conforme a derecho y arbitrariedad. Los cambios jurídicos objetivos (a diferencia de los fallos judiciales arbitrarios realizados en referencia a un tiempo concreto) se hacen posibles gracias a esta igualdad en el tiempo del derecho. Y con ello

[4] Interpretado con mucha cautela podría el concepto de "destemporizar" (Gerhart Husserl) servir de orientación. Compárese Recht und Welt, en: Festschrift für Edmund Husserl, Halle 1929, pp. 111-158, reimpreso en: Gerhart Husserl, Rechtsphilosophisdie Abhandlungen, Frankfurt 1964, pp. 67-114, y de él también, Recht und Zeit, Frankfurt 1955. En el fondo no nos referimos a un concepto de teoría del conocimiento, sino a una prestación constitutiva que se realiza primariamente en el proceso de la comunicación social. Véanse también las observaciones críticas de Heller (cap. 1 nota 6), pp. 190. El giro que en sus últimos años el mismo Husserl realiza hacia la "intersubjetividad" podría aquí establecer el puente.

[5] En el mismo sentido que la destemporización de la causalidad es premisa fundamental de las ciencias modernas de la naturaleza. Significa sobre todo que el tiempo mismo no produce efectos causales —la suerte en este sentido no existe. Sólo bajo el presupuesto de un concepto de tiempo a-causal fue posible postular para los cambios de la naturaleza una causa específica empíricamente comprobable. La destemporización de la causalidad y la destemporización-del-derecho mediante la teoría de la justicia son formas paralelas de desarrollo de la teoría general sobre el fundamento —no es casualidad, pues, que estos tres axiomas hayan entrado a la conciencia histórica al mismo tiempo.

la antigua seguridad del derecho —la representación de una validez ineluctable, eterna e inmutable— se volverá derecho positivo.

El sentido de la generalización temporal del derecho está por tanto no en la sobretensión ontológica de la eterna permanencia de lo mismo, sino en la capacidad de especificación de los cambios jurídicos —finalmente, pues, en la posibilidad de que el derecho sin perder la seguridad de la validez se positivice poniéndose en manos de instancias de decisión estatales. El derecho vigente será válido y se conservará igual, mientras no se cambie mediante un proceso determinado. El principio de igualdad es, en esta medida, precondición (centralizada, racional, controlable en el sistema político y, en ese sentido, responsable) del dominio de los seres humanos sobre el derecho. La antigua versión de la justica en calidad de igualdad trajo en esencia la posibilidad en sí de un derecho a desarrollar la técnica social de un sistema político.

La generalización temporal presupone un mínimo de generalización real y social. Obliga a una más o menos formación de normas abstractas —dado que los casos concretos no se repiten. No puede poner atención a todas las circunstancias del caso particular y no puede atender la total individualidad de las personas que participan. Esto no excluye —como en la dimensión del tiempo— la diversidad, sino sólo afirma que la diversidad debe especificarse.

Una generalización así del derecho se hace todavía más improbable cuanto más difícil se vuelve asegurar la necesaria complementariedad de los roles, es decir, cuanto más se diferencia el orden social. En la medida en que la diferenciación hace posible la formación de un sistema político autónomo de toma de decisiones, obliga a que el derecho se traslade a la administración de este sistema.[6] Las agudas exigencias estructurales que un orden social altamente diferenciado le impone al derecho, no permite una generalización del tipo jerarquía de las leyes de la Edad Media: normas de contenido ascendente hacia lo general, cada vez más

[6] El cambio súbito se realiza de manera relativamente rápida. Hasta entrado el siglo XIX ninguna burocracia estatal de la historia había reclamado la total soberanía sobre el derecho. Desde el siglo XIX esta soberanía es tan incuestionable que la Constitución —como ley— se ve motivada a ponérsele enfrente.

indeterminadas y, precisamente por eso, de más alto valor y válidas para siempre. Exigen en la positividad del derecho un principio formal de generalización, que no excluye la especificación sino que sirve precisamente de esquema para dichas exigencias.[7] Obligan a crear instancias de decisión que se encarguen de la especificación necesaria, a controlarlas racionalmente y a que, según las necesidades del cambio, se adapten a las circunstancias.

Necesidades sociales estructurales de este tipo se dejan con dificultad expresar en un derecho subjetivo específico de igualdad. El principio de igualdad no es por naturaleza ningún derecho subjetivo. Por esta razón, desde hace tiempo, se ha reducido a expresar el derecho fundamental de "igualdad ante la ley" como derecho a aplicar el derecho: como fórmula vacía, pues. Sin embargo, este reducir el derecho de igualdad a igualdad de aplicación del derecho va muy lejos. En el principio de igualdad están contenidas exigencias totales y precisas para el legislador: es tarea de él dar al derecho positivo una forma que corresponda a las exigencias estructurales del orden social —es decir, un orden que está generalizado y que es especificable de manera temporal, objetual y social. Bajo la Constitución de Weimar, con la desconfianza en ascenso hacia el legislador, prospera la versión de que el principio de igualdad debe vincular también al legislador.[8] Y hoy puede esto considerarse como opinión dominante, sobre todo desde que en el art. 1 ap. 3 en conexión con el art. 3 ap. 1 GG aparece también expresado en la Constitución: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable"; "Todas las personas son iguales ante la ley".

Con ello no se logra aclarar cuál es el contenido de la pretensión del tratamiento igual ni su relación con la teoría de los derechos subjetivos. En la práctica, el derecho fundamental de igualdad amplía la posibilidad de defender los derechos subjetivos

[7] Es obvio que el derecho positivo en el sentido de "lex positiva" no es el nivel residual más bajo de la jerarquía de las leyes. Si esto se entiende se deja de lado el prejuicio que domina a la discusión del derecho natural, a saber, que el derecho positivo es de menos valía que el derecho natural.

[8] Véase, por encima de muchos, Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2ª ed. München-Berlín 1959.

haciendo que el Tribunal constitucional controle la actividad del poder legislativo. Desde el punto de vista dogmático esto se deja aprehender mejor como aspecto (con rango de derecho-fundamental) de todo derecho subjetivo y no como un derecho subjetivo especial entre otros —así como también la protección constitucional de la propiedad no se duplica en un derecho subjetivo. Para poder medir qué sentido específico tiene esta garantía constitucional de los derechos subjetivos mediante el principio de igualdad, debemos tocar la segunda premisa de la dogmática jurídica que hoy domina: la versión de la igualdad como valor.

Quien considera los derechos fundamentales como valores y cree con ello lograr una suficiente fundamentación, querrá también sostener esta versión en el caso del derecho fundamental de igualdad. Lo vendrá a reforzar la opinión general que considera la justicia como valor y que las ideas de igualdad deben tratarse como componentes esenciales de la representación de la justicia. Habría, según esto, que buscar la igualdad para evitar la desigualdad.

Esta posición teórica del valor del derecho fundamental de igualdad realmente no puede representarse en esta forma tan simple. Ya en la antigüedad se tenía claro que el concepto de igualdad contenía una proposición incompleta, la cual necesitaba completarse indicando el punto de vista de la comparación. Por tanto que toda posición de igualdad daba por resultado desigualdad y que dependía de la selección de las cualidades del ente que se comparaba. La concepción teórica sobre el valor del-principio-de-igualdad se representa, la mayoría de las veces, en la forma evasiva de que todo juicio sobre la igualdad presupone puntos de vista de valor —puntos de vista que guían la selección de las cualidades relevantes, en vista de las cuales la comparación se lleva a cabo.[9] A ello se une la mayoría de las veces la representación (lógica pero no obligatoria)

[9] Si los puntos de vista de comparación se designan como 'valores' esto no quiere decir otra cosa que su selección se decide de manera subjetiva. El valor no añade nada a la función del punto de vista comparativo de comparar ni a la pregunta de si la comparación entre lo igual (por ejemplo juntar a los de un grupo idéntico) o lo desigual (por ejemplo, seleccionar al mejor) en realidad se resuelve. Por eso puede dejarse de lado el concepto de valor sin que se pierda ningún entendimiento o claridad sobre la idea, ya que el concepto de punto de vista de la comparación subraya la subjetividad y la necesidad de elegir de manera bastante clara.

de un valor que deriva de lo igual: cuando la selección del punto de vista de la comparación se deduce de un valor, lo que desde este punto de vista es igual debe tratarse como igual.

Incluso una lectura cuidadosa de las nuevas publicaciones en derecho sobre el principio de igualdad[10] no permite ofrecer una versión más precisa de este pensamiento oscuro. Como axioma se propone que hay valores cuyo valor consiste precisamente en determinar que alguien al comparar trate como igual lo igual —así como la ética moderna afirma, a pesar que reconoce la ineludible selectividad de los puntos de relevancia, que en la naturaleza está puesta una igualdad cualitativa que sirve para que lo igual se trate como igual. Ambas premisas tienen a pesar de su diversidad —proveniente del contexto del cambio cartesiano de la metafísica ontológica hacia la subjetividad de la autoconciencia— un denominador común: presuponen que la naturaleza (o mejor, la perspectiva de valor) prescribe de manera instructiva lo que hay que seleccionar y correspondientemente tratar como igual. Que lo igual debe tratarse como igual (y lo desigual como desigual) es algo que se desprende de la cosa misma o, mejor todavía, de lo prescrito por el valor —el cual deja que aparezca como relevante esta perspectiva de comparación. Esta pre-selección —por la presión de relatividad contenida en el pensamiento de igualdad— se limita a un derecho natural mínimo y, en concesión titubeante, se confía al pueblo o al "pensamiento justo y razonable" que aplique el universal y arbitrario análisis de igualdad —en el cual no se confía totalmente.

En la caída libre de la metafísica ontológica tradicional este relativismo ya no puede en realidad detenerse. Todo intento de hacerlo desemboca en afirmar presupuestos que desde hace mucho han perdido credibilidad y que deben afirmarse sólo porque se piensa que deben seguirse afirmando. Este relativismo puede superarse en un salto hacia adelante en la medida en que, primero, se piense

[10] Compárese, sobre todo, Hans Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941; Konrad Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 77 (1951/52), pp. 167-224; Hans Peter Ipsen, Gleichheit, en: Franz L. Neumann/Hans C. Nipperdey/Ulrich Scheuner, Die Grundrechte, vol. II, Berlín 1954, pp. 111-198; Werner Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgaben des Richters, Berlín 1957; Zippelius (cap. 4 nota 19).

consecuentemente hasta el final la relatividad de la representación de la igualdad. Si se considera que el esquema igual/desigual se aplica de manera arbitraria, la pregunta ineludible es qué sentido tiene en absoluto aplicarlo. Si se renuncia a presuponer que en la naturaleza o en el orden de los valores están puestos puntos de vista fijos que dictan normativamente lo que debe tratarse como igual o desigual, el sentido de este esquema deberá encontrarse en la orientación misma de la comparación. Y lo que allí se muestra es que el *esquema igual/desigual sirve como esquema especialmente adecuado para preguntarse por una razón suficiente.* Precisamente el vaciamiento del principio de igualdad —no contener ninguna instrucción de lo que ha de tratarse como igual o desigual— le confiere una función especial: exigir en *cada* tratamiento de lo desigual una justificación suficiente.

En la cuestión del principio de igualdad se trata en cada caso —en el tradicional y en el que aquí proponemos— de justificar las resoluciones judiciales. Nos moveremos alrededor de este marco de determinación del sentido e invertiremos el punto de vista y la orientación de la pregunta adoptados por el pensamiento tradicional, intercambiando las variables dependientes e independientes. Allí donde en la mayoría de los casos se piensa haber encontrado piso seguro en la relevancia de las razones, vemos nosotros el problema de la decisión. Y aquello que en la mayoría de los casos se tiene por problemático (el juicio de igualdad) nos servirá a nosotros para extraer como base un esquema de juicio. Esta vuelta de campana significa que la fijación de la igualdad del fallo contencioso no transmite ninguna fundamentación suficiente y que la fijación de la desigualdad contiene una pregunta por razones suficientes —razones que deben ser adecuadas para justificar la desigualdad.

Con esta interpretación del principio de igualdad se aclaran problemas decisivos de la discusión constitucional y se pone en luz más intensa una serie de particularidades hasta hoy no atendidas del derecho fundamental de igualdad.

Lo primero que se hace claro es que el principio de igualdad está referido en primer término al legislador y que como aplicación de la tan mentada igualdad jurídica transcurre en forma vacía. El actuar normal del Estado está concebido como producción de

decisiones ligadas a programas decisionales que, en interés de la simplificación de las decisiones y en interés del control centralizado, reemplazan a las razones. Una decisión es correcta si concuerda con el programa. El programa protege contra la inseguridad (colocada en la base) de la pregunta por las razones suficientes. Y esto repercute además contra la autonomización de los subordinados —lo cual sería inevitable si se pusieran a buscar razones y, con ello, alternativas. La programación sostiene la precisión racional y el orden jerárquico de la administración de las decisiones. Una ponderación de razones se da únicamente en la acción no programada o en los componentes libres de programación de la decisión, es decir —hablando desde el punto de vista institucional— en la legislación y en la discrecionalidad de la administración.[11] En las 'dificultades de fundamentación' diarias de las resoluciones judiciales no se trata en verdad de ponderación de razones, sino de dificultades de interpretación del programa —lo cual muestra que las consecuencias nudas de las decisiones tomadas no son por sí mismas argumento confiable.

Lo siguiente que puede comprobarse es qué significa que el derecho fundamental destaque justo la igualdad y no la desigualdad, que es también importante. Con esto no queda dicho que la igualdad tenga más valor que la desigualdad y tampoco que la igualdad establezca la regla y que la desigualdad sea la excepción. En este nivel de abstracción no se justifica ni la prioridad general del valor ni se alude tampoco a una expectativa de frecuencia. Más bien el derecho de igualdad lo que afirma es que la igualdad no requiere fundamentación. No se norma, sino se postula en la forma de estipulación —en el texto del art. 3 ap. 1 GG ["todas las personas son iguales ante la ley"] y en los tratamientos de los clásicos esto se expresa claramente. Debe, pues, tratarse como hecho. Con ello no se renuncia a fundamentar un determinado tipo de decisiones. No hay prácticamente actuar estatal que no produzca efectos diferenciados en los seres humanos. Más bien se afirmará la obviedad de la igualdad para, por el contrario, poner de relieve la necesidad de fundamentar la desigualdad. El principio de igualdad tiene con esto una

[11]Naturalmente esta afirmación no excluye que el programador pueda aplicarse a sí mismo la validez jurídica de su programa, entre otras, la igualdad constitucional.

contrafunción parecida al principio de inercia en la física, el cual en todo caso no es ninguna hipótesis normal con pretensión de validez empírica, sino sirve únicamente para exigir una causa de cada uno de los cambios de estado, pero no de lo que le permanece igual.

De esta manera se da a la pregunta por las razones el punto de apoyo necesario y una dirección específica. No es posible exigir fundamentación al mismo tiempo para el trato de lo igual y de lo desigual,[12] porque ambos como luz y sombra se pertenecen —de tal forma que la fundamentación de uno hiciera prescindible la fundamentación del otro. La eliminación de la necesidad de fundamentar la igualdad y con ello también de su capacidad de proporcionar fundamento es indispensable, porque en cada caso concreto igualdad y desigualdad vienen mezcladas. Ella es precondición elemental para que se especifique la fundamentación de la desigualdad como fundamentación. Si no fuera válida, podría aligerarse el fundamentar destacando la evidencia de la igualdad, en vez de tener que justificar el tratamiento de la desigualdad.

La amplitud de esta interpretación del principio de igualdad se pondrá de manifiesto echando una mirada a nuestra tradicional filosofía del derecho, la cual en su peculiaridad (en el centro, pues, de su problemática) puede caracterizarse por no hacer *ningún* corte penetrante entre el principio de igualdad formal y las razones de los fallos judiciales. Para la filosofía el principio de igualdad —como interpretación de la justicia— es al mismo tiempo la norma central de la fundamentación ética del derecho —una fusión que como obra firme (y no sin intención) de la retórica sofista se ha conservado hasta nuestros días. Por eso tenemos una tradición *ético* jurídica. Pero porque la filosofía del derecho imagina en la norma de igualdad un fundamento de derecho —y lo imagina porque la interpretación constituyente de la justicia no le dejó de otra— se ha metido en

[12] Así, sin embargo, la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia sobre todo desde la decisión del 16. 3.1955, BVerfGE 4, pp. 144ss. (155). Se deja al juez decidir si el problema de un caso se ve del lado del tratamiento de la igualdad o del tratamiento de la desigualdad —y el derecho fundamental de “igualdad ante la ley” puede lo mismo significar “desigualdad ante la ley”. Es de sopesarse esta versión sobre todo porque se deja al juez —con el fin de que pueda llegar a la forma más inteligible del fundamento de su decisión— en libertad de recurrir a la ayuda de la argumentación de la igualdad o de la desigualdad.

una de las más grandes dificultades, cuya discusión es el principal tema de su sumamente rica tradición de doctrina. Cuando frente a la desigualdad se concede a la igualdad mayor rango de fundamentación (en lugar de ver en ello una simple decisión previa sobre el tipo de fundamentación requerido) se llega inevitablemente a un dilema: cuando se interpreta la justicia como igualdad se introduce con ello una limitación a la especificación e individualización del derecho, con lo cual se hace necesario distinguir entre distintos tipos de justicia o apelar, en el terreno, al contraprincipio de equidad concreto. La grandiosidad de nuestra filosofía del derecho reside en su capacidad de haber mantenido su enfoque ante el problema establecido, y para eso debió haber sido de gran ayuda la faz del poderoso Aristóteles, cuyo análisis del problema señalado ocultó la vista de su origen.

Otra reflexión se enlaza al sentido del comparar como fundamento de la decisión. Y esto no es algo que transcurra con transparencia. Normalmente el actuar se fundamenta en referencia a un fin, el cual a su vez se valora en vista de un valor. Con esto algunas consecuencias específicas del actuar se toman como justificación, mientras que otras se tienen como irrelevantes y, en referencia a la constitución de valor, se neutralizan tomándolas simplemente como 'costes'. Sin embargo, esta justificación es demasiado reducida para un actuar en sistemas sociales. No se trata de que cada uno persiga un fin. Especialmente en los sistemas complejos —que no están estructurados conforme a fines y que deben atender diversas trayectorias de valor contradictorio— el puro orientarse por la técnica monovaloral de la causalidad necesita una ampliación. Este ensanchamiento toma la forma de comparación.

Un ejemplo famoso de esta ampliación del horizonte comparativo es el principio de economicidad. Exige comparar algunas consecuencias del actuar con alternativas. Con más precisión: los costes de todas las alternativas de acción pueden compararse con los fines proyectados y esto puede neutralizarse cualitativamente —pero no cuantitativamente. Otro tipo de corrección al puro principio de orientarse por los fines que se intentan nos lo encontramos en el principio de igualdad como principio estructural del orden jurídico. El principio de igualdad afirma que una decisión no

puede justificarse en términos de mencionar las consecuencias de los fines pretendidos, sino su justificación requiere fundamentar las consecuencias de los efectos desiguales sobre la disposición jurídica de los otros —justificación mediante la cual las consecuencias de la decisión se garantiza con otras decisiones.[13] Los derechos subjetivos, en razón de los fines específicos ambicionados, no deben cargarse de manera desigual. Más bien la desigualdad en el sistema jurídico debe justificarse según criterios aplicables de manera universal y, a la vez, específica.

El principio de igualdad (así como el principio de economicidad) sirven, por tanto, para asegurar correctivamente la pura racionalidad técnica de la acción en una racionalidad sistémica de mayor complejidad —la cual no sólo debe asegurar efectos específicos cargados de valor sino, más allá, asegurar la consistencia del decidir y del actuar en los sistemas complejos.

Desde el punto de vista formal el principio de igualdad y el principio de causalidad son análogos: equivalentes funcionales y estrategias sistémicas complementarias. Su función consiste —formulado en una fuerte abstracción— en construir la complejidad del entorno como infinitud esquematizada, de tal suerte que el sistema tenga puntos de referencia para sobreponerse al problema de la complejidad. En el principio-de-causalidad la complejidad del entorno se presenta como la infinitud de causas y de efectos que actúan conjuntamente; en el principio de igualdad, como la infinitud de las posibles relaciones comparables. Estas dos versiones de entorno no constituyen para sí mismas ningún orden, sino sólo el esquema de un orden posible. No son aplicables, no ofrecen bases seguras de decisión, sino sólo un potencial de entendimiento, sobre cuya base se constituye el orden actual y con la cual puede entablarse 'intercambio' con el entorno: en el caso del principio de igualdad, interponiendo fines; en el del principio de igualdad, institucionalizando razones para puntos de vista relevantes de comparación.

[13] Por consistencia entendemos aquí (y en lo que sigue) no una lógica libre de contradicciones —en este sentido interpretó Hans Kelsen, en su propia valoración de la lógica, el principio de igualdad como el principio de consistencia del orden jurídico, véase Was ist Gerechtigkeit? Wien 1953, pp. 26s.; General Theory of Law and State, Nueva York 1961, pp. 439s.— sino únicamente compatibilidad conforme a reglas jurídicas reconocidas.

Estas concretizaciones llevan a un campo previamente estructurado de constantes de posibilidades de variación. Se harán posibles (pero no se justificarán) mediante el desde dónde de un esquema-de-ordenamiento preconstituido. Deben conservarse y, en dado caso, cambiarse. Y ambos tipos de constantes se corrigen mutuamente en el sentido de que un actuar conforme a fines encuentra —en determinadas igualdades (o desigualdades) en el entorno— ayudas para decidir y para delimitar. Al contrario, también la estructura causal con sus invariancias fijas hace posible fundamentar las igualdades y las desigualdades.

Imperfección y necesidad de añadidura de la interpretación de los fundamentos —supuestas tanto en el principio de causalidad como en el de igualdad— derivan de su función. Ambos esquemas tienen el sentido de liberar al sistema de la inmediata presión de la complejidad del entorno con sus casualidades difusas y perturbadoras, para hacer posible un *decidir interno al sistema*. Trasladan, en un entorno altamente complejo, la problemática del equilibrio del sistema de la situación a la decisión —en cierta medida, pues, de fuera hacia dentro. Posibilitan, así, una autonomía relativa del sistema en su entorno, la cual el sistema practica decidiendo sobre los fines o sobre las igualdades —o desigualdades. Con esto —en la interpretación moderna de los sistemas— el principio de causalidad y el principio de igualdad se muestran como manifestaciones características de la diferenciación social desarrollada, la cual lleva a la autonomización de subsistemas.

Este descubrimiento, que nosotros hemos trabajado como una especie de interpretación conceptual-dogmática del principio de igualdad, debe introducirse en la teoría sociológica —que es la que determina nuestra investigación total. Y es allí donde adquiere su peso específico.

En un orden social diferenciado, en el cual se encomienda a un sistema de acción específico el tomar decisiones que vinculan, el decidir no puede dejarse al antojo revestido de poder. No basta con que el poder, es decir lo que el sistema político recibe de la sociedad, se delimite. También sus decisiones —por tanto eso que es prestación del sistema político a la sociedad— deben satisfacer ciertas exigencias estructurales.

Puede el sistema político representarse —como ya se ha insinuado varias veces— como sistema de procesamiento de información que contiene diversos límites, sobre los cuales fluyen determinadas comunicaciones del entorno hacia el sistema y del sistema hacia el entorno.[14] En capítulos anteriores tratamos el principio de generalización como uno de esos límites, es decir, como límite de la formación del poder, a través del cual debe deslizarse información política al sistema de toma de decisiones. Este límite se sitúa en el principio general, igualitario y secreto del sufragio. El otro límite se lleva a cabo a través de la producción de decisiones vinculantes y se rige mediante el principio de igualdad. Los dos (derecho de sufragio y derecho de igualdad) —o como de manera más amplia pudiera formularse: democracia de partidos y Estado de derecho— son instituciones funcionales equivalentes y complementarias del sistema político, cuya diversidad está caracterizada por la doble diversidad de límites del sistema político.

Esta doble posición del principio de igualdad en los dos límites del sistema político puede todavía aclararse de mejor manera cuando las respectivas diferenciaciones internas de este sistema se conservan ante la vista como política y administración. La igualdad del derecho de sufragio nunca puede significar igualdad efectiva de influencia del elector —aun cuando el juego político se racionalice como lucha por votos que cuentan por igual. El peso de la influencia se relega por el solo hecho de que en las situaciones de decisión política se debe contar —tanto en la elección como en la actividad política— con una gran masa de incertidumbre. Las repercusiones de las decisiones políticas sobre las próximas elecciones no pueden calcularse de manera exacta, y en ello reside la fuente de desigualdad de las influencias políticas. Se presta más oído a las voces más fuertes o a las organizadas, las verdaderas, las que presumiblemente tienen más influencia. Esta desigualdad, bajo la condición general de falta de información, es momento decisivo para llegar a simplificar

[14] Este susodicho modelo input/output adquiere fama en los últimos años gracias a la fusión de teoría de la comunicación (teoría de la información) y teoría de sistemas, fusión que está también en la base de esta investigación. Una breve caracterización la expuse en: Zweck-Herrschaft- System: Grundbegriffe und Pramissen Max Webers, Der Staat 3 (1964), pp. 129-158 (149 en especial.). Allí se encuentran más referencias.

la formación del consenso político y del poder político —y esto justo cuando el mismo derecho de sufragio está institucionalizado y cuando los partidos políticos actúan de manera racional (y no ideológica) según las reglas del juego político, esto es, cuando lo que pretenden es ganar votos.[15] Dado que esta desigualdad de la influencia no puede justificarse, aunque es componente esencial de la lucha política, la desigualdad del tratamiento del ciudadano debe fundamentarse. En todo caso esto es fácil. El sistema político se dividirá en 'política' y 'administración de Estado de derecho' y el flujo de información en los límites entre política y administración se controlará jurídicamente, de tal forma que las desigualdades imposibles de fundamentar que surgen en el proceso de construcción de consenso político se volverán a filtrar.

El peligro que se evita con este desviar el procesamiento de la información y con este controlar el final mediante el principio de igualdad, está en el actuar propio del Estado, el cual en cada caso pretende de manera puramente racional alcanzar un fin, es decir, está en la problemática ligada a ello de la desdiferenciación. Si el Estado piensa que con sólo aplicar su poder político constituido se siguen resultados en la sociedad, entonces podría confundirse en sus efectos con la sociedad. Llegaría a la satisfacción de los deseos e intereses de los particulares, de los cuales no podría tomar distancia. Frente a esto se impone el deber de fundamentar cada tratamiento desigual y de tomar distancia, para ir al encuentro de un tipo especial de decisiones autónomas. Debe disciplinar su decidir inmediato de forma que pueda conservarse siendo coherente. Y en consecuencia, tomar distancia.

En esta función de separación no se trata en primer lugar de los contenidos de los principios, por los cuales las decisiones estatales se orientan. El principio de igualdad no se asegura por una moral determinada,[16] aunque sí por ciertas características formales que

[15] Aquí muy acertado Downs (cap. 7 nota 32), pp. 93ss.

[16] Esta neutralidad de contenido de la doctrina de la igualdad no debe llevar a la conclusión falsa de que el legislador pudiera no quedar vinculado al derecho fundamental de igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, Wolfgang Zeidler, Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem BGG, Die offentliche Verwaltung 5 (1952), pp. 4-7, quien con razón no sigue la opinión dominante —aunque saca conclusiones erróneas. No es la premisa lo falso sino las

pueden caracterizarse con más detalle. Las razones del tratamiento de lo desigual deben ser *universales y específicas* y no, por el contrario, particulares y difusas.[17] Deben en todas las circunstancias encontrar aplicación y mostrar determinadas características abstractas (definidas independientemente de la circunstancia) —estas características específicas deben escogerse como base de la acción, sin que el que actúa se confunda al ver que otras particularidades de la acción

---

conclusiones. Aun cuando del legislador se exige únicamente fundamentar el tratamiento de las desigualdades mediante puntos de vista aceptados por el derecho a ello se añaden criterios universales y especiales, con lo cual se logra una buena cantidad de vinculación. Esto puede iluminarse haciendo un experimento mental: qué libertad tendría un legislador que sólo tuviera que justificar jurídicamente las consecuencias deseadas de sus decisiones. Aquí nos acercamos —sin dudar de la cualidad de la norma del Art. 3 GG— a la versión de Ipsen (cap. 8 nota 10) de que la doctrina de la igualdad obtiene su justiciabilidad sólo en el efecto producido juntamente con otras normas de la Constitución, a saber, aquellas ante las cuales las razones del tratamiento de la desigualdad se prueben de manera crítica. De la misma manera Ernst-Werner Fuß, Gleichheitssatz und Richtermacht, Juristenzeitung 14 (1959), pp. 329-339. La mayoría de las veces, en cambio, se recurre de manera nebulosa a lo que decidan los valores de la Constitución — así por ejemplo Hans Justus Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, Juristenzeitung 18 (1963), pp. 521-527, y la decisión del Supremo Tribunal Constitucional del 17.1.1957, BVerfGE 6, pp. 55ss. (71).

[17] Estos conceptos están tomados de la teoría de de las direcciones de orientación (*Pattern variables*) de la acción. Compárese Talcott Parsons, The Social System, Glencoe 111. 1951, pp. 58ss.; Parsons/Shils (cap. 2 nota 15), sobre todo pp. 76ss.; Parsons/Bales/Shils (cap. 2 nota 15); y como la última y más madura presentación: Talcott Parsons, Pattern Variables Revisited, American Sociological Review 25 (1960), pp. 467-483. Véase también el informe (en parte superado) de Burkhart Holzner, Amerikanische und deutsche Psychologie: Eine vergleichende Darstellung, Würzburg 1958, pp. 298ss. Más allá, como aplicación crítica, Peter M. Blau, Operationalizing a Conceptual Scheme: The Universalism- Particularism Pattern Variable, American Sociological Review 27 (1962), pp. 41-55. Como ejemplo de aplicación a la teoría política, Sutton (intr. nota 10) y Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —. Para el desarrollo del derecho, Parsons (cap. 1 nota 16), pp. 143s., y Eisenstadt (intr. Nota 10), pp. 98s. Para el desarrollo de la economía Bert F. Hoselitz, Sociological Aspects of Economic Growth, Glencoe 111. 1960, pp. 23ss. Además el análisis del concepto de autoridad de Heinz Hartmann, Funktionale Autorität: Systematische Abhandlung zu einem soziologischen Begriff, Stuttgart 1964, pp. 63ss. En lo esencial la teoría dice que cada acción humana se deja encuadrar en cuatro (y solo cuatro) dimensiones, las cuales quedan señaladas en cuatro pares de oposiciones especificidad/difusividad, neutralidad/afectividad, universalismo/particularismo, cualidad/rendimiento. Aunque para el problema aquí tratado de la igualdad la primera y la tercera sean las más importantes, puede establecerse con las demás una conexión. Seguro es que, por ejemplo, el tratamiento de la desigualdad quede típicamente determinado de manera afectivamente neutral y no emotiva, y posiblemente también más por el rendimiento que por la cualidad del objeto —así el famoso ejemplo de Aristóteles en el libro de la Política III cap. 12 sobre el flautista.

concreta cambian de muchas maneras.[18] Esto significa, por sobre todo, que las razones del tratamiento de la desigualdad no deben ser especialmente cercanas entre el que actúa y el destinatario de la aplicación. No debe tratarse de la acción por un familiar —por un amigo o enemigo, por una hermandad, por uno que pertenece (o rivaliza) en un estamento, sino, por ejemplo, por alguien que posee licencia de manejo o por personas que se sospecha tienen una enfermedad determinada.[19] La perspectiva de orientación de la discriminación no debe obtenerse a partir de quien decide, de sus sentimientos, de sus preferencias, de sus filias o correspondientemente de sus fobias, porque esto llevaría a una orientación difusa y particular. Debe sacar sus razones de la situación objetiva, que se juzgará según estándares impersonales y abstractos. El que decide no sólo debe tratar al otro como 'igual a sí', sino debe en su decisión presuponerse como intercambiable. Esto es lo que está en juego —y no algo así como la insignificancia de todas las características prescritas por el art. 3 par. 3 GG cuando formula: "Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico".

Este juicio encuentra su confirmación cuando se considera que la forma del programa de las decisiones jurídicas no se proyecta bajo la forma de fines sino bajo la forma condicional.[20] *Cuando* ciertas características de facto se cumplen, *entonces* debe decidirse

[18] Esta caracterización del enfoque tiene por lo demás un significado decisivo para los órdenes sociales diferenciados. No se reduce a la aplicación expresa de la teoría de la igualdad, sino articula una de las diferencias más decisivas respecto a los órdenes sociales no-diferenciados. Así sobre todo lo expresa Riggs (cap. 1 nota 8 — 1957 —), pp. 61ss.

[19] En su última versión ve Parsons la orientación-específica (cap. 8 nota 17 — 1960 —), p. 471, como primariamente determinada desde fuera y la orientación difusa, por el contrario, primariamente desde dentro. En esta dirección va también el posterior desarrollo hecho por Blau sobre la distinción universalista/particularista (cap. 8 nota 17) y (cap. 5 nota 10), esp. pp. 265ss.: elecciones juzgadas universalistamente son aquellas que, independientemente de los propios atributos, los electores conceden primacía a los atributos de quienes son elegidos, por el contrario, particularistas son aquellas en las cuales los electores se orientan por el hecho de que el elegido tiene los mismos atributos que ellos.

[20] He intentado mostrar a partir de la teoría de sistemas que sólo hay estas dos formas de programación: Luhmann (cap. 7 nota 38), pp. 6ss. 21.

en forma ya predeterminada.[21] En eso se expresa la misma generalización que soporta al principio de igualdad, y esta convergencia muestra que el principio de igualdad es de facto la quintaesencia del derecho positivo. La condicionalización mantiene abierto al programa a una cantidad indeterminada de aplicaciones. La forma cuando/entonces lo que significa es: cada vez que cuando/entonces. Mediante esta programación la decisión se hace dependiente de condiciones universales y específicas, cuyos efectos desiguales deben justificarse a partir del principio de igualdad.

Con esto se hace más visible la función del principio de igualdad como principio estructural de las decisiones estatales. Impide, en la medida en que se vuelve efectivo, que se formen entramados personales en el límite entre burocracia estatal y público.[22] Determina al que decide, sobre todo a aquel que traza el programa de decisiones, a preservar la consistencia del tratamiento desigual de sus decisiones ante otras decisiones y a considerar la motivación estructural de su persona en este rol como intercambiable.[23] Apoya la separación de roles que se hace necesaria y la relación de relativa invariancia entre burocracia estatal y las distintas esferas societales. Con esto el principio de igualdad —como otros derechos fundamentales— pertenece al contexto general del problema de la diferenciación social a través de formar en la sociedad un subsistema especificado funcionalmente, relativamente autónomo.

La exigencia de especificar las razones universalmente aplicables del tratamiento de la desigualdad tiene primariamente el sentido de estabilizar en su límite la separación de roles entre burocracia estatal y público. Mediante la forma en que esto sucede al

[21] Sobre la retroalimentación de este pensamiento a la decisión jurídica véase también Alf Ross, On Law and Justice, Londres 1958, insb. p. 170, y Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlín-Göttingen-Heidelberg 1960, pp. 160, 195ss.

[22] Al contrario, lo fuerte de estas relaciones —como se ha mostrado en los países en desarrollo— hace difícil la orientación del derecho por la igualdad. Esto se ha subrayado con frecuencia: compárese, por ejemplo, Edward Shils, Political Development in the New States, La Haya 1963, p. 13.

[23] Esto significa que deben establecerse otras bases de motivación, las cuales se encuentran en las condiciones generales y ventajas de la membrecía en el sistema de trabajo. Para el significado del grupo de colegas con el fin de cuidar las espaldas compárese Peter M. Blau, The Dynamics of Bureaucracy, 2ª. ed. Chicago 1963, pp. 85ss., 106ss.

mismo tiempo se protege, en otro sentido, la separación de roles en la sociedad, es decir, la diferenciación social. La exigencia de ofrecer razones específicas quiere decir simultáneamente que las decisiones estatales deben tomar en consideración la diferenciación de roles. No está en principio permitido que se discrimine o se demerite a alguien en el contexto de *un* rol porque se aprovecha de *otro* rol —a no ser que haya razones específicas para hacerlo. Un empresario no debe obtener subvenciones a favor simple y sencillamente por ser de una determinada confesión; un estudiante no debe ser promovido sólo porque sus padres pertenecen a una clase honorable —aunque una multa puede ser más elevada cuando el conductor del auto es rico, porque la sensibilidad del arrepentimiento depende de la situación patrimonial. Toda orientación hecha a partir de combinar roles que no aclaran por no ser estructuralmente relevantes, sino que vienen a ser fortuitos en la combinación de roles de la persona, lesiona el principio de igualdad.

Lo que con esto normalmente se logra es neutralizar frente al Estado las pretensiones sociales fundadas en el rango o en el prestigio —cosa que es imprescindible en un orden social diferenciado.[24] La sociedad no puede aprehenderse como pirámide indisoluble de posiciones sociales, en la cual cada uno tiene su lugar fijo. La sociedad reconoce más bien en lo esencial principios de estatus movibles, como la posesión de dinero o la membrecía o la posición en las organizaciones, que en la lucha competitiva pueden perderse y que sólo poseen validez y peso en situaciones específicas. Por eso el esquema de rango de las relaciones exteriores del sistema político es imprevisible e inconsistente en todos sus límites. La igualdad del derecho de sufragio, la igualdad ante la ley o la simple máxima (de la administración pública) de atender las peticiones conforme vayan llegando, son, en esta situación, principios estructurales necesarios de indiferencia frente el rango, los cuales a su vez expresan la distancia y la autonomía de la actividad decisoria del Estado frente a las valoraciones sociales.[25] Fácticamente con esto no se excluye

[24] En parte indispensable técnicamente. La policía no puede, por ejemplo, ordenar el tráfico de hoy día dándole preferencia a los de alto rango.

[25] Esta distancia se logra frente a los propios miembros —es decir, en los 'límites del perso-

que pueda hacerse presión a partir de posiciones sociales externas (membrecía y rango en organizaciones como las de un partido o un sindicato) sobre la administración pública. Pero el que esto suceda no es algo natural y legítimo, sino requiere de una decisión —la cual, la mayoría de las veces, se experimentará como problemática y deberá justificarse con otro tipo de consideraciones.

El mandato de tratamiento igual está cortado a la medida de un orden social en el que la combinación de roles de una persona (sobre todo aquellos que se deben al rango) ya no poseen típicamente ninguna legitimidad. Ya no pueden institucionalizarse porque los roles, debido a la diferenciación desarrollada y a la especialización, sólo pueden conformarse a partir de asociarse con compañeros elegidos de manera objetual.[26] Bajo este punto de vista, el sentido de este principio de igualdad puede formularse: el ser humano como individuo debe quedar presupuesto como aquel que es capaz de sobrellevar diferentes roles ocasionales, cuyo contexto social se hace relevante sólo de manera excepcional, y en esta capacidad de sobrellevar distintos roles los seres humanos son en principio iguales. También en ello se refleja la estructura general de la diferenciación social, a la que el principio de igualdad está supeditado.

Este resultado disiente de manera asombrosa del *pathos* antiguo sobre la justicia, al cual todavía, a pesar de todas las relativizaciones exigidas, el concepto de igualdad está supeditado y en el que el concepto de valor encuentra débil eco. En la representación de la justicia de los antiguos los trazos esenciales de los seres humanos estaban reunidos de tal manera, que nosotros hoy día ya no los podríamos contemplar como unidad. En un orden social plenamente diferenciado las exigencias de un actuar correcto se han vuelto enormemente complicadas y ricas en contradicciones. Nadie puede tener una mirada abarcadora sobre ello. Ya no podemos confiarnos puntualmente (por decirlo así) a la alta idea reconocible del actuar

---

nal' de la administración— por el hecho de que el status se formaliza en la organización, por tanto que sólo puede conseguirse mediante decisiones expresas —y allí no es viable que pudiera tratarse de pretensiones de rango externamente fundamentadas: por ejemplo, alcurnia, club de pertenencia, dinero, relaciones. Véase con más detalle Luhmann (cap. 1 nota 11), pp. 156ss.

[26] Véase para esto de manera muy fundamentada Nadel (cap. 4 nota 36), pp. 68s.

bueno, a la virtud del soberano justo o a la sabiduría autoevidente de la decisión. Nuestra existencia depende de la información que procesan los grandes sistemas funcionalmente diferenciados. Lo que ellos sostienen trascendiendo toda facticidad óntica es lo que nosotros logramos. En ellos y a través de ellos nos referimos nosotros al mundo. Las afirmaciones sobre lo que para nosotros como seres humanos es importante y sobre lo que hacemos —se trate incluso de derechos fundamentales— deben hacer referencia a esa realidad, si no entonces no nos volvemos creíbles. Ofendemos la grandeza de lo que alguna vez y originalmente se pensó como justicia, cuando utilizamos un *pathos* de valor estereotipado como referencia de todo pensamiento justificativo. La justicia nunca fue un 'valor'. Estuvo pensada más bien como medida del juicio frente a las pretensiones excesivas de todos los valores. En caso de que en nuestro tiempo se permitiera pensar lo justo en forma originaria, este pensamiento no estaría dirigido a la medida de lo igual, sino a la técnica de los sistemas.

En consecuencia la seguridad de expectativa y comportamiento que el derecho quiere garantizar no puede fluir de la inviolabilidad de determinados derechos particulares ni de la inmunidad sobre su propio ámbito de disposición. Las precondiciones sociales bajo las cuales pueden construirse expectativas de conducta confiables y planearse acciones, han crecido con fuerza. Se han vuelto demasiado importantes, demasiado complejas. En su problemática se han vuelto ampliamente conscientes y por eso se han transformado en tareas. La total tradición ético jurídica —que estuvo dirigida a lo correcto de la acción particular y que lo buscó en sus fines, en sus principios o modernamente en sus valores— está en cambio radical. Aquello que el derecho busca ser ya no puede hoy alcanzarse a través de la constancia de sus afirmaciones, sino a través del orden racional de los sistemas. Así, el ser humano en los límites de su propio alojamiento jurídico ya no encuentra seguridad en el brazo fuerte de Estado, sino en la capacidad funcional de sistema social, del cual forma parte: asegurar su estructura es tarea del derecho y su orden es lo justo.

Esta reestructuración de nuestro orden social en el plano de las normas y valores jurídicos se considerará consecuencia de la

incrementada diferenciación de los roles y de los sistemas. El avance progresivo de la diferenciación disuelve el antiguo y homogéneo complejo de orientaciones de la acción y obliga a un nuevo dirigirse hacia puntos de referencia más abstractos de los sistemas globales, que solos pueden integrar y legitimar funciones muy específicas.

Precisamente el derecho parece estar llamado en forma especial para esta tarea porque, por un lado, puede volverse abstracto y, por otro, puede —mediante la centralización de sus decisiones— volverse positivo, de tal forma que logra dirigirse al completo orden social diferenciado como referencia sistémica de su función. Por eso el derecho se rehará de su antigua base (correcta, tradicional, firme) de formas de acción y convicciones a una forma de orientación conceptualmente abstracta, especificable en modo arbitrario y, al mismo tiempo, universalista —aunque incapaz de ser motivada directamente.[27] Junto a esto se desarrollan nuevos institutos jurídicos con funciones específicas para resolver problemas surgidos de la diferenciación social. Los derechos fundamentales —tanto por su forma universal y funcionalmente específica como también por su función especial— pertenecen a este contexto de problemas de la diferenciación social.

Si uno se coloca en esta forma de consideración, el problema de la positividad de los derechos fundamentales (el cual debimos arriba dejar abierto en desarrollos conceptuales insuficientes)[28] aparece en otra dimensión. El derecho positivo ya no puede aprehenderse de manera adecuada como el nivel más bajo y residual de la jerarquía de las fuentes del derecho. Más bien se trata de un orden normativo elegido socialmente para una función específica, cuya autonomía relativa se soporta por la estructura diferenciada del orden social. Derecho positivo es: que las expectativas sociales deben primero pasar por el filtro de una decisión estatal explícita antes de convertirse en 'derecho', y que las normas pasadas por este filtro se diferencien de otras normas. El problema de la positividad

[27] Un ejemplo claro de que el derecho allí donde necesita regular técnicamente sobrepasa los límites de la motivación humana, lo ofrece el derecho actual de regulación del tráfico en las calles. No debe ser difícil encontrar más ejemplos.
[28] Compárese. pp. 40s.

no es el del lugar tan alto que guarda la medida de los valores, sino el de las condiciones y límites de la variabilidad independiente de un subsistema de la comunicación social.

El derecho positivo puede cambiar mediante decisiones vinculantes del sistema político —y al parecer puede cambiar indefinidamente. Ni los artículos de la Constitución ni la invocación a los valores puede trocar esta posibilidad de cambio en imposibilidad. Esta problemática culmina en los derechos fundamentales: se atreven a practicar el empeño paradójico de limitar al sistema político mediante su propia puesta de derecho.

El hecho de que los derechos fundamentales estén orientados *contra el Estado*, ha orillado a la opinión dominante a pensar que no pueden quedar *protegidos por el Estado*.[29] Esta conclusión es, sin embargo, falsa, no sólo desde el punto de vista lógico, sino porque presupone una idea improcedente de unidad y de separación. Desconoce de doble manera el fenómeno de la diferenciación. No ve que en un orden social diferenciado el Estado debe por propio interés estabilizar sus límites, porque de otra manera no podría racionalizarse como sistema —en el caso de los derechos fundamentales no se trata de derechos privados sobre una salchicha, que uno simplemente pudiera tener o no tener, sino de que el Estado sólo puede salir ganando en la renuncia y en la indiferencia realmente aplicadas.[30] La otra es que se desconoce la posibilidad de diferenciación interna del Estado.[31] La base histórica de esto está en que los

[29] Véase, como ejemplo entre otros muchos, Georg Brunner, Die Grundrechte im Sowjetsystem, Köln 1963, p. 106.

[30] Finalmente la argumentación usual se basa en el razonamiento anteriormente tratado (p. 42) de la premisa constante del poder, con lo cual el poder se sustancializa como una especie de cantidad de bienes escasos —no puede imaginarse que el Estado organice derechos dirigidos contra él mismo y que degraden un poco su poder.

[31] Aunque la versión dominante subraya fuertemente el principio de división de poderes, olvida que fue inventada para disolver el derecho natural. Precisamente porque las vinculaciones del derecho natural no confiaban en la violencia de Estado, en el siglo XVIII se buscó equivalentes para asegurarse frente el abuso del poder y se dio allí con la diferenciación interna del sistema político. Ahora se quiere tener a ambas sin detenerse demasiado a pensar si medios equivalentes funcionales se dejan combinar. El antiguo derecho natural fue parte de una concepción del mundo jerárquica y correspondientemente suponía un orden jerárquico del sistema político, cuya cima era él. La separación del poder es todo lo contrario al orden jerárquico. No organiza un flujo vertical sino uno horizontal de procesos de decisión (planeación, dirección,

roles del fallo judicial se han en cierta forma separado de la corriente principal del acontecimiento político —separación que, como en el derecho romano o en el *common law*, no se entiende de por sí, sino que debe mantenerse con seguridades políticas conscientes y más o menos artificiales. En los países en desarrollo en donde estas bases históricas no se han dado —sobre todo en la Unión Soviética— esta separación es difícil de institucionalizar. Hace falta allí quizás la confianza en la posibilidad de que precisamente el derecho se convierta en el soporte estructural del orden social diferenciado: se le tiene como un medio más, entre otros, del sistema político. Debemos también interponer la pregunta de si ciertas garantías de independencia de la justicia pueden ser a la larga suficientes para asegurar en un lugar central, con ayuda del derecho positivo, la estructura diferenciada del orden social contra tendencias de desbordamiento político sobre todas las esferas de comunicación.

La respuesta a esta pegunta depende de lo fuerte que sean las tendencias. Así que sólo puede contestarse de manera empírica. Debemos reducirnos a unas cuantas indicaciones encaminadas, en conexión con nuestra investigación actual, a aclarar primero la posición de la pregunta.

Con la estructura diferenciada del orden social el contexto de los derechos fundamentales tiene dos aristas: los derechos fundamentales no sólo mantienen —como hasta ahora se ha subrayado— la separación entre las esferas comunicativas de la sociedad, sino ellos mismos mediante esta diferenciación se preservan. Los órdenes sociales diferenciados —igual que los no-diferenciados— se institucionalizan auto-soportando el todo y cada una de las esferas. Producen motivos de expectativas de comportamiento adecuados a la prosecución del orden de la vida en común, y allí donde la acción

---

control) entre los tres poderes autónomos. Este orden no puede darse el lujo, sin que pierda su equilibrio, de dejarle al juez el derecho natural necesariamente indeterminado, ya que la indeterminación de los fundamentos de la decisión debe de absorberse al principio y no al final del proceso de decisión. En el orden estatal con división de poderes el antiguo derecho natural es operante sólo en caricatura. En el fondo se trata de una inmanente autocrítica en el derecho positivo.

* "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20".

amenaza con irse por carriles estructuralmente ilícitos acumulan dificultades al comportamiento, obstáculos a la realización y amenazas de atenerse a las consecuencias. El Estado no puede producir la generalización de las formas institucionalizadas de la esfera de la personalidad, de la cultura, de la economía, y tampoco puede suplirlas con genuinos programas políticos. Debe respetarlas, si no el orden social (incluyéndose a sí mismo) puede llevar a un nivel más bajo de desarrollo. Detrás del art. 79 par. 3 GG* —que puede prohibir el cambio de otros artículos de la Constitución, pero no el cambio del art. 79 par. 3 GG—[32] no se encuentra sanción jurídica alguna, sino el peligro de regresión social que, una vez visualizado, no puede seriamente desearse.

En el orden social actual esta situación se refleja: aunque invasiones políticas a la esfera de la intimidad —a los símbolos que soportan la expectativa del comportamiento civilizado o a la base de confianza de la economía— no quedan descartadas, sí se han vuelto políticamente más difíciles. Esta dificultad se ha institucionalizado en el sistema político mismo como límite de comportamiento, sin recurrir a tablas de valores sino, con igual efectividad, a la estructuración de las posibilidades políticas. En el camino hacia el poder no es necesario —incluso es poco inteligente— acometer todo problema de límite o ponerlo a discusión.

Contextos de orden externos al derecho limitan la posibilidad de que el sistema político sea quien produzca el derecho —y esto en verdad no mediante normas de prohibición, sino por el mismo hecho de que la expansión de la esfera política irrumpiría fuertemente en las instituciones que funcionan, sustituyendo así su prestación —una acción así traería consecuencias problemáticas tan pronto como se viera que la acción ya no aparece siendo algo racional.[33] La

[32] Véase también el Art. 146 GG, que deja claro que en el Art, 79 par. 3 GG se trata de una eternidad provisoria: “La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”.

[33] Debe señalarse de nuevo —con el peligro de repetir— que este establecimiento de la positividad del derecho no es establecimiento de la validez del derecho y no promete ningún resguardo absoluto. Ninguna institución puede liberar a la larga al ser humano de la total responsabilidad de la acción. Las prohibiciones — a causa de una institucionalización débil

diferenciación social no sólo se apoya en la pilastra espigada de los derechos fundamentales. Esto descarga a la positividad del derecho y, con ello también, a los derechos fundamentales de la presión social —la cual sería pensable a partir de la pura consideración abstracta de sus principios. La positividad del derecho presenta —como institución— una relación balanceada junto a otras instituciones del orden social, todavía con más exactitud: consolida la diferenciación social. El derecho positivo es tan sólo una especie de reforzador de la seguridad. La seguridad que asegura depende de la seguridad de las instituciones que él debe asegurar y, finalmente, de la capacidad funcional del orden total. En esta forma nos encontramos de nuevo la paradoja de la positividad de los derechos fundamentales. En esta versión el plano de contradicción lógica se pasa a la realidad y ya puede definirse empíricamente. Mientras permanezcamos en la idea de que la diferenciación del orden social se asegura mediante los derechos fundamentales —y entretanto no hay otra posibilidad visible y ni qué decir que se haya intentado— nos ocupará (y esperemos que en alta medida también a la investigación social) una u otra versión del problema de la positividad del derecho de la acción política.

o a condiciones de racionalidad carentes de previsión— pueden ser inefectivas. Al juntarse estas dos flaquezas hicieron que el sistema de Weimar se resquebrajara.

9
Teoría de la diferenciación social

Con la exposición del postulado de igualdad se ha cerrado la investigación de cada uno de los derechos fundamentales. Queda todavía la tarea de presentar como un todo la imagen lograda.

Es más difícil lograr este propósito en la sociología que en la dogmática por dos razones. Primero porque la imagen sociológica es más diferenciada que la dogmática —amenaza con desmoronarse. Mientras que unos cuantos conceptos indeterminados (como los de libertad e igualdad) coronan la dogmática y su contexto encuentra en ellos la manera de aprehender (como variaciones de este tema central) a cada uno de los derechos fundamentales, el análisis sociológico parte de la característica estructural más importante de nuestro orden societal, la diferenciación social. Gana con ello formarse una idea sobre la función divergente de la protección de los derechos fundamentales —la cual ya no puede sostenerse mediante la pretensión de caracterizarla con un contenido genérico. La sociología no entiende, por ejemplo, el derecho de sufragio y el de propiedad como expresión parcial de la dignidad o de la libertad del ser humano, sino a cada uno lo acomoda conforme a los circuitos de comunicación, sin dejar de ver que existen relaciones de impedimento o de incentivo entre los sistemas de comunicación de la sociedad —como, por ejemplo, el que existe entre propiedad y personalidad. Esta diferencia es —desde la perspectiva metodo-

lógica— la consecuencia de pasar de una categorización cualitativa a una abstracción teórica sistémico-funcional. El conjunto no aparece más como similitud de esencias sino como interdependencia de prestaciones. A partir de este punto de partida invertido se vuelve más problemático —pero más estimulante y, como nosotros opinamos, más urgente— preguntar por la unidad de los derechos fundamentales.

Otra diferencia significativa entre un tratamiento dogmático y uno sociológico consiste en que el primero interpreta las normas y los derechos en su sentido mentado, es decir, en el sentido en que debe entenderlo quien actúa. Mientras que el tratamiento sociológico mide la expectativa y la acción desde "perspectivas incongruentes",[1] es decir, desde estructuras del orden social no necesariamente consideradas, de tal forma que puede tomar mayor distancia respecto a la vivencia del que actúa. La sociología tiene un horizonte más amplio. Puede hacer de la dogmática tema sociológico y juzgarla críticamente —mientras que lo contrario no es posible. La sociología puede preguntar, por ejemplo, qué es lo que los derechos fundamentales aportan como institución y por qué sus aportaciones deben ser así y no de otra manera; qué sentido tiene para esto escoger la forma de los derechos subjetivos; cuál es en este contexto la función propia de la dogmática jurídico científica; en qué medida la dogmática puede hacer consciente la función de los derechos fundamentales y en qué medida debe permanecer como algo latente.

En estas dos preguntas —en la de la unidad y en la de los límites de conciencia de los derechos fundamentales— se logrará ver con más claridad la diferencia entre el modo de tratamiento dogmático y sociológico. Sólo cuando el tratamiento sociológico dé respuesta precisa a estas dos preguntas, entonces el método de la sociología puede entrar como competidor serio de la dogmática en sus dominios tradicionales de ser interpretación constitucional. Escogemos, por consiguiente, estas dos preguntas como hilo

[1] Expresión acertada con la cual Kenneth Burke, Permanence and Change, Nueva York 1935, pp. 95ss., caracterizó el cambio de los intereses del conocimiento en la segunda mitad del siglo XIX.

conductor de los dos últimos capítulos, en los cuales queremos resumir y profundizar los análisis que hemos expuesto a lo largo del libro.

El contexto de los derechos fundamentales lo hemos encontrado en la unidad de su función —esto es, en la identidad de los problemas referidos a ella. Impiden que el orden social se desdiferencie y se simplifique, en la medida en que protegen a los diferentes subsistemas de la sociedad (con sus circuitos de comunicación separados y con sus diferentes lenguajes) contra tendencias de politización del orden social. No nos conformaremos con hacer esa sola afirmación, sino construiremos análisis más precisos que aseguren la hipótesis.

No es pura casualidad que el análisis de la función de los derechos fundamentales nos haya llevado al problema central de la diferenciación social. El saber que poseemos ahora sobre el contexto del derecho moderno y la estructura moderna de la sociedad, le confiere al problema de la diferenciación social una posición clave. Las grandes dicotomías actuales —Estado/contrato,[2] sanciones represivas/restitutivas,[3] componentes jurídicos formales/materiales—[4] logran, gracias a este punto de vista, beneficio y, respecto al último caso, hasta aclaración satisfactoria. El que la obligación contractual se haya corrido al status depende de la disolución del orden funcional difuso relacionado con la familia, depende, pues, en ese sentido, de la estructura social toda. La sustitución de sanciones-que-reprimen por sanciones-que-restituyen es expresión de que esta estructura unitaria y su cosmovisión se han disuelto en circuitos de acción fuertemente diferenciados, cuya integración exige formas de derecho más específicas y más elásticas. Lo que a primera vista aparece como observación paradójica de que el derecho moderno cultiva y debe aumentar tanto los principios jurídicos formales como los materiales, se aclara en cuanto se piensa que un orden social diferenciado necesita lo mismo bases seguras de expectativas como fórmulas que

[2] Véase Sir Henry Maine, Ancient Law, 1861, reimpr., en: The World Classics, Londres-Nueva York-Toronto 1954, p. 141.
[3] Véase Durkheim (cap.1 nota 12).
[4] Véase Weber (cap. 5 nota 18), pp. 503ss., o Max Weber, Rechtssoziologie (Johannes Winckelmann, ed.), Neuwied 1960, pp. 275ss.

planteen igualar los intereses y distribuir las cargas —y tanto más cuanto más avanza la diferenciación.

A este importante descubrimiento de la sociología del derecho se añade nuestro requisito sobre la función de los derechos fundamentales. El contexto se encuentra en la unidad del problema de referencia. Mientras que las dicotomías nombradas pueden integrarse a determinaciones formales del proceso de diferenciación, es decir, a puntos de vista sobre problemas válidos para cada uno de los subsistemas de la sociedad —especificación funcional, articulación de intereses, movilización y libertad incrementadas de acción, integración de subsistemas autónomos— la investigación, en este plano particular, no debe quedarse estacionada. Se logrará una teoría completa —que toma sobre sí los puntos de vista anteriores— cuando se entienda que hay que variar el contexto de abstracción de la posición de las preguntas. Deberá de nuevo preguntarse por el principio de razón suficiente para aclarar la conexión entre derecho y estructura social. Esto exige una conversión de nuestro modo de pensar la ética de nuestra tradición jurídica (dirigida a un bien que debe conseguirse en la acción) en una conceptuación teórico sistémica. Por otra parte es necesario atacar la dirección contraria concreta. No todos los problemas pueden abandonarse a las distinciones objetivas de los subsistemas, a los puntos de vista de la diferenciación funcional de la sociedad. El tema de los derechos fundamentales es ejemplo de ello: nos obliga a entrar en aquellas esferas de la comunicación que logran protegerse frente a la politización.

Las funciones específicas de los derechos fundamentales se ordenan en cuatro direcciones: constitución de la personalidad, generalización de las expectativas de comportamiento, satisfacción económica de las necesidades y vinculabilidad de las decisiones tomadas sobre los problemas. En órdenes sociales no-diferenciados los intereses de comunicación así definidos pueden aparecer superpuestos y en forma indistinta. En un orden social diferenciado toman forma especial, que los vuelve separables y conscientes: la persona se individualiza, las expectativas de comportamiento se civilizan, la satisfacción de las necesidades se media por el dinero y las decisiones vinculantes se entregan a un negocio estatal burocrático que, en parte, directamente y, en parte, mediante procesos políticos

de formación de poder, están unidos a la sociedad. Estamos, pues, primero ante la pregunta de si (y cómo) este arreglo estructural puede fundamentarse mediante la teoría sociológica.[5]

La única teoría social que entra aquí a consideración y que incluso ofrece un esquema de respuesta semejante es la teoría del sistema de acción de Talcott Parsons. Y sí, los resultados aquí obtenidos de manera inductiva concuerdan en tal proporción con el desarrollo de la teoría deductiva de Parsons, que puede utilizarse tanto para fundamentar nuestro análisis sobre los derechos fundamentales, como para verificar la teoría parsoniana —evidentemente que con las delimitaciones que enseguida expondremos.

El pensamiento fundamental de Parsons dice:[6] de la esencia del actuar como comportamiento de un actor orientado en una situación y a partir de las exigencias de formar sistema se puede deducir un bosquejo total y necesario del problema. El esquema surge en la medida en que se contrapone la distinción interno/externo a la distinción actuar-en-situación/actuar-en-sistema.[7]

[5] Una tesis semejante se encuentra en Ernst Rudolf Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaít, Oldenburg 1962, p. 12: la sociedad moderna está compuesta de un sistema económico, de un sistema sociedad, de un sistema cultura y de un sistema estatal, —desgraciadamente allí no se encuentra ningún señalamiento de los fundamentos teóricos. Véase además la distinción (también cercana) de population system, exchange system, threat system y learning system de una sociedad en Kenneth E. Boulding, The Relation of Economic, Political and Social Systems, Social and Economic Studies 11 (1962), pp. 351-362, y su desglose en Marión J. Levy, The Structure of Society, Princeton N. J. 1952, en: Solidarity, Economic Allocation, Political Allocation und Integration and Expression, que por los fuertes cruces entre el primer punto de vista y el último no es muy recomendable.

[6] Véase para esto y para lo que sigue Parsons (cap. 2 nota 15, entre otras muchas); Parsons/Smelser (cap. 1 nota 12); además Robert F. Bales, Interaction Process Analysis: A Method for the Study of Small Groups, Cambridge Mass. 1951; Parsons/Bales (cap. 5 nota 40); Talcott Parsons, General Theory in Sociology, en: Robert K. Merton/Leonard Broom/Leonard S. Cottrell, Jr., Sociology Today, Nueva York 1959, pp. 3-38; Max Black (ed.), The Social Theories of Talcott Parsons, Englewood Cliffs N. J. 1961. Para el concepto parsoniano de acción y su relación con el behaviorismo americano véase además John Finley Scott, The Changing Foundation of the Parsonian Action Scheme, American Sociological Review 28 (1964), pp. 716-735.

[7] Las caracterizaciones de estos rubros cambiaron con el desarrollo de la teoría. Por mucho tiempo —así todavía en (cap. 9 nota. 6 — 1959 —), p. 7 —Parsons contrapone la diferencia dentro/fuera con la de instrumental y orientada hacia el consumo. Esto da por resultado un tratamiento distinto. La diferencia esencial no debe ubicarse en el cambio de rubros. Posibilita

De ello se siguen —como lo muestra el siguiente cuadro:

	Interno	externo
sistema	Integración	adaptación
actor en situación	mantenimiento de estructuras latentes	obtención de fines

Cuatro posibilidades de combinación, las cuales entiende Parsons como problemas que requieren respuesta, como funciones de los sistemas, que cada sistema de acción debe cumplir si quiere conservarse. Parsons aclara este problema —y esto no es una deducción lógica inevitable, sino interpretación de su punto de partida— como: conservación del modelo básico de orientación, consecución del fin, integración y adaptación.

Cuando este (simple) esquema básico concuerda totalmente con un sistema de acción —cuando, por consiguiente, no hay problema del sistema que no se derive de allí— todos los demás tratamientos del problema deben tomar la forma de distinción entre subsistemas, los cuales a su vez deben resolver en conjunto cuatro problemas fundamentales. Todos los demás problemas se dan en "interchange relations" de cuatro entradas complejas entre subsistemas, las cuales sólo pueden distinguirse cuando las referencias de los sistemas se mantienen claramente separadas de cada una de las prestaciones. La simplicidad impactante del esquema se paga muy cara en cuanto aparece la multiplicidad de relaciones entre los sistemas.[8] Sin embargo, esta simplicidad tiene cuando menos una ventaja: mediante la abstracción —admitida desde un principio— y mediante el razonamiento deductivo, Parsons llega

la conexión entre la tesis de los *pattern variables* con la teoría de sistemas. La presentación en el texto se basa en las lecciones del año 1960/61. Véase también la aplicación de los tres pares de rubros en Parsons (cap. 2 nota 14), pp. 327ss., ídem. (cap. 8 nota 17).

[8] Compárese aquí también la anotación crítica de Florence R. Kluckhohn/ Fred L. Strodtbeck, Variations in Value Orientations, Evanston 111. — Elmsford N. Y. 1961, p. 34, de que Parsons aclara todas las variaciones internas del sistema con ayuda del esquema sistema/subsistema como cambio en las relaciones *entre* sistemas.

directamente a la diferenciación estructural y en consecuencia, de manera extraordinariamente fructífera, a la problemática de la sociedad moderna. En la aplicación de su esquema a la totalidad de la sociedad,[9] Parsons define a los subsistemas como sistema religioso cultural de motivación, como sistema de integración, como sistema político y como sistema económico. Sus publicaciones de estas últimas décadas están consagradas a la investigación de estos cuatro subsistemas de la sociedad y a sus innumerables relaciones de intercambio.

Aquí interrumpimos la exposición necesariamente insuficiente de este esbozo. Normalmente a esta teoría se le echa en cara que implica un juicio conservador y estático y que es demasiado armónica y libre de contradicciones como para hacer justicia a la realidad de la vida social.[10] Pero estas objeciones fallan.[11] Gracias al grado de abstracción de los problemas básicos y al reconocimiento de que existe una buena cantidad de necesidades divergentes, hay en el esquema lugar para cada desarrollo y para los conflictos.[12]

[9] Hablando de manera más precisa la teoría del sistema social —con aspiración de validez para todo tipo de sistema social— debe distinguirse de la teoría de la sociedad, la cual considera al sistema global de la acción un caso de aplicación de la teoría general. La sociología no es teoría de la sociedad sino en un sentido más abstracto teoría del sistema social. Compárese para esto también D. F. Aberle/A. K. Cohen/A. K. Davis/M. J. Levy, Jr./F. X. Sutton, The Functional Prerequisites of a Society, Ethícs 60 (1950), pp. 100—111, y Levy (cap. 9 nota 5), pp. 111ss.

[10] Así por autores alemanes por ejemplo Ralf Dahrendorf, Struktur und Funktion: Talcott Parsons und die Entwicklung der soziologischen Theorie, Kölner Zeitschrift für Soziologie 7 (1955), pp. 491—519 y de él, Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis, The American Journal of Sociology 64 (1958), pp. 115-127, reimpresos ambos en: Ralf Dahrendorf, Gesellschaft und Freiheit, München 1961, pp. 49ss. El argumento era incluso en América en la primera ola de reacción en contra de Parsons algo usual. En la actualidad los funcionalistas deben en general luchar sólo contra el argumento de que su teoría no formula de manera suficientemente específica los cambios sociales como para que puedan ser controlables.

[11] Una refutación completa la hace Dietrich Rüschemeyer en su introducción a Talcott Parsons, Beiträge zur soziologischen Theorie (trad. Alemana en: Essays in Sociological Theory, 2ª ed., Glencoe 111. 1954), Neuwied-Berlín 1964, pp. 21ss.

[12] El hecho de que Parsons la mayoría de las veces se concentra en la presentación de las interrelaciones ofrece a los críticos pasto —sea esto subrayado como atenuación de esta crítica. Más bien otro reparo tendría fundamento: una teoría que de manera tan decisiva se orienta por el esquema de la diferenciación social no ofrece ventajas a la investigación de órdenes sociales no diferenciados y, en este sentido, es teoría que sólo se ocupa de la perspectiva de

Por el contrario debería preguntarse si las rúbricas de partida son definibles independientemente de las otras, si, por ejemplo, la acción-en-situación puede definirse sin el presupuesto del concepto de sistema y éste sin el presupuesto de la diferenciación interno/externo o si —recurriendo a la conceptuación antigua de Parsons— en la distinción de la orientación instrumental y orientada al consumo no está implícito el concepto del que actúa y el concepto de sistema. Debería aparte remitirse al momento de auto-interpretación y de solidificación de los problemas que se derivan de los cuatro problemas fundamentales. No se trata de ninguna manera de puros títulos de definiciones para combinar las rúbricas, sino interpretaciones especulativas de vacíos que surgen al confrontar los conceptos fundamentales —interpretaciones que adquieren vida propia en el curso de las elaboraciones sucesivas. A Parsons se le reprocha inclinarse a puras formulaciones tautológicas.[13] Esto podría ser atinado respecto a la presentación deductiva de su teoría, pero verdadero sólo de manera limitada. En la realidad, él concretiza su teoría mediante interpretaciones muy densas de su esquema de partida, las cuales poseen valor insuperable como base para elaborar nuevos contextos, para detectar entrelazamientos ocultos y analogías, para descubrir problemas latentes y relaciones funcionales en el orden social —aunque no llenan la exigencia de ser teoría sustentada en un sistema de enunciados hipotético deductivos.[14]

Con estas pocas observaciones no es posible obtener un juicio proporcionado sobre la teoría sociológica de más pretensión en el presente. Aun cuando las preguntas que se han interpuesto se

---

lo moderno. Véase un pensamiento similar en Heimann (cap. 6 nota 13), p. 30. Esta es una objeción que casi ninguna teoría social científica logra salvar.

[13] Así por ejemplo Deutsch (cap. 1 nota 16), pp. 49s., o Runciman (intr. nota 10), p. 40, 109ss. Otras pruebas en Luhmann (intr. nota 8), p. 643, nota 26. Compárese también Georges Gurvitch, Déterminismes sociaux et liberté humaine, 2ª ed. París 1963, pp. 56ss.

[14] Parsons mismo se distanció de manera clara de la forma de teoría matemática de las ciencias naturales y otorgaba a la teoría funcional-estructuralista únicamente el status de un conocimiento provisorio e incompleto. Véase por ejemplo la introducción de Parsons a: Max Weber, The Theory of Social and Economic Organization, Londres- Edinburgh-Glasgow 1947, pp. 20s., o Talcott Parsons, Systematische Theorie in der Soziologie: Gegenwärtiger Stand und Ausblick en: Talcott Parsons, Beiträge zur soziologischen Theorie, Neuwied — Berlín 1964, pp. 31ss.

mantienen abiertas, se confirma un hilo de conocimiento que puede formularse como diferencia entre ser-del-hombre y construcción-de-sistemas o, si se quiere, como "trascendencia" del ser humano. Los sistemas no se componen nunca de cosas (personas) sino de estados de cosas (personas) y de sus posibilidades de variación.[15] Cuando a partir de la acción humana se forman sistemas surge una problemática que todo sistema-de-acción debe compartir: los límites ineludibles de orientación del sistema-de-acción penetran —sin poder ser totalmente congruentes con él— el mundo de la vivencia de los seres humanos que participan. Por una parte, la formación del sistema trasciende el horizonte de vivencia de los seres humanos que al actuar forman parte de los sistemas —aun en el caso de la propia personalidad, pues se puede ser infiel a sí mismo. Por otra —y esta parte Parsons la subraya especialmente—[16] su trascendencia es sólo subjetiva (relativa a un punto, sólo aspecto de una realidad) y se volverá concreta para otros sujetos. La formación del sistema trasciende a los seres humanos en la medida en que subsume —conservando la antítesis— al sujeto actuante en su subjetividad y, al mismo tiempo, aprehende su concreción. Este logro del sistema está necesariamente ligado a la constitución de una diferencia dentro/fuera —ya que esta diferencia confiere sentido al sistema y es lo que determina su medida de estabilidad. Se sigue de allí que sentido y estabilidad de los sistemas-de-acción (separados relativamente de su entorno) sean problemáticos y que para ello se hagan necesarias diversas exigencias independientes entre sí.

Si —como Parsons cree— de este *fundamento* de la problemática se deja deducir el *tipo* de problemas, es algo que debe quedar abierto.[17] En todo caso, en relación con este problema de

[15] Véase la formulación expresa de este importante punto de partida del conocimiento en Kuhn (cap. 2 nota 15), p. 50, o en W. Ross Ashby, Design for a Brain, Londres 1952, reimpr. 1954, p. 15.

[16] Véase p. ej., Parsons/Shils (cap. 2 nota 15), pp. 4s.

[17] Si el método funcional se entiende como técnica de descubrir soluciones a problemas que son equivalentes funcionales —véase Luhmann (intr. nota 8 y nota 11) —en contra de una tal deducción hablan también las consideraciones metodológicas. Entonces el sentido de un problema se verá precisamente en que puede solucionarse de diversas maneras, de esta forma los problemas derivados de la solución no pueden deducirse de la problemática fundamental. Compárese la observación cautelosa de Sutton sobre esta propuesta, aunque en lo demás es

arranque parece mantenerse un proceso de diferenciación estructural como solución del problema. Un primer paso de la diferenciación está precisamente en la distinción dentro/fuera[18] —por tanto en la constitución misma del sistema. Incluye el esquema más elemental de superación del mundo. Para los sistemas sociales esto significa que las necesidades específicas de cada ser humano particular —en la medida en que trascienden a los sistemas— pueden tratarse como problemas externos, y su necesidad de coordinación, como problemas internos: allí, a causa de la separación y de la diversidad de versiones de los problemas, pueden obtenerse distintas posibilidades de solución.

Visto más de cerca, los problemas internos y externos del sistema social pueden todavía —en interés siempre de una técnica diferenciada de solución del problema y por eso mismo efectiva— subdividirse. Las necesidades de cada ser humano particular tienen un lado físico concreto y otro físico simbólico, podría también decirse: un lado material y uno informacional. La necesidad de coordinación del sistema social se vuelve, por un lado, posible mediante la generalización de expectativas de comportamiento y, por otro, mediante la solución del caso particular.[19] En todas las relaciones recíprocas que son de esperarse entre estos problemas —la constitución simbólica de la personalidad referida a medios concretos, la descarga de la necesidad de decidir problemas institucionalizando expectativas de comportamiento, etc.— es posible un tratamiento efectivo del problema si se desarrollan técnicas de

---

autor muy cercano: (intr. nota 10), p. 70.

[18] Con este concepto no fusiono, como Parsons, la representación de que cada sistema se controla por su entorno en el sentido de quedar ordenado en una jerarquía normativa. Al igualar la diferencia interno/externo (de la formación del sistema) con la idea de, "hierarchy of control", formula Parsons (compárese, p. ej., cap. 2 nota 14, pp. 324 y 333) el derrotero que lleva a su muy discutida versión armónica. Las relaciones sistema/entorno deben —por necesidad conceptual para él— quedar reguladas por un sistema omniabarcador.

[19] Como las de Parsons estas distinciones ofrecen un esquema completo. No hay "tercera posibilidad": para el individuo particular ninguna necesidad que no sea o material o informacional, para el sistema social ninguna urgencia de condicionamiento que no pueda regularse por generalización o por expectativas-de-comportamiento o por solución de problemas. De allí se basa la tesis de que esta teoría aprehende de manera exhaustiva el campo de su objeto —lo cual naturalmente no excluye otras teorías.

solución a problemas específicos, cuando, por tanto, se reserva una cierta forma de comunicación para satisfacer las necesidades, otra para la presentación social de la personalidad, otra para el cultivo de expectativas aceptables de comportamiento y otra para la decisión vinculante sobre los problemas. No son en realidad las características entitativas del actuar las que vuelven inevitable subdividir a la sociedad en estas cuatro esferas de comunicación y que la hacen necesariamente dependiente de un cierto estado de desarrollo, sino las ventajas de la diferenciación estructural. Cada ámbito de comunicación se perfecciona en un relativo aislamiento.

En qué sentido estas cuatro esferas de comunicación forman subsistemas de la sociedad, es algo que requiere aclararse. Parsons habla de sistemas en el sentido analítico, esto es, que sólo en el análisis científico aparecen como sistemas y que, de manera opuesta a lo que Parsons llama ‘colectivities’, no tienen capacidad de acción como sistemas.[20] Los subsistemas funcionales —es decir, referidos a problemas— de la sociedad no necesitan efectivamente ser, al mismo tiempo, subsistemas estructurales, como por ejemplo las personalidades concretas y las organizaciones.[21] Esta distinción garantiza una especial elasticidad al instrumental teórico, aunque de cualquier manera su manejo exige un cuidado especial, si es que desea evitarse que al subsistema analítico y funcional de la sociedad —digamos la personalidad en general (en Parsons el sistema de motivación de determinada cultura) en oposición a la capacidad de acción de la personalidad particular; la economía en general en oposición a cada negocio particular— se le atribuyan de pronto capacidades que sólo poseen los sistemas de acción mediante su estructuración concreta.[22]

[20] Compárese la distinción sistema-concreto/sistema-analítico precisamente en Talcott Parsons, The Structure of Social Action, Glencoe 111. 1937, pp. 35, 731s. Además, sobre todo, Parsons/Smelser (cap. 1 nota 12), pp. 14ss., y Parsons (cap. 1 nota 12 — 1961 —), pp. 36s. Así como Levy (cap. 9 nota 5), p. 199ss. Y la explicación en Harry M. Johnson, Sociology, Nueva York 1960, pp. 56ss.

[21] A eso se refiere el concepto mencionado anteriormente p. 129 nota 53 del primado de una orientación funcional de los subsistemas estructurales. No pueden surgir de una sola referencia a un problema, pero sí reconocer allí su relevancia especial.

[22] Parsons mismo considera por ejemplo —y este es uno de los aspectos problemáticos de su teoría— que también los subsistemas analíticos pueden estabilizarse en relación con su entorno

En el sentido de esta distinción, la pregunta —de en qué medida la diferenciación funcional puede traducirse en realidad estructural, es decir, realizarse mediante la formación concreta de subsistemas— puede dejarse abierta como problema empírico. Para este propósito Parsons propone un esquema de cuatro planos de construcción sistémica de unidad, pensado en orden descendente: valores, normas, colectividades y roles.[23] La diferenciación funcional puede realizarse con distinta fuerza en cada uno de estos planos, de tal forma que en el sistema total se provocan tensiones—por ejemplo cuando la formación de normas todavía no concuerda con la diferenciación de los valores o al revés; cuando la diferenciación de roles entra en contradicción con el orden de la colectividad, de los grupos, de las organizaciones. Independientemente de este esquema nosotros hemos hablado de diversas trayectorias de generalización del suceso comunicativo —trayectorias que en el orden societal moderno pueden ser distintas, pero que no arraigan en un sistema social de acción estructurado, con capacidad de autoconservarse.

Esta diferencia —tratamiento analítico-funcional/tratamiento estructural— es decisiva para nuestro tema de los derechos fundamentales. El hecho de que no todas las funciones del orden social puedan llevarse a efecto a través de subsistemas estructurales y que esto no suceda sin pérdida y sin fricción, sino que una cierta discrepancia entre necesidades funcionales y posibilidades estruc-

---

mediante relaciones de intercambio según el modelo input/output. Dado que estos sistemas no se pueden experimentar como sistemas y no pueden actuar, tales relaciones de intercambio sólo pueden situarse en las estructuras latentes. Les falta la intención de intercambio. Con esta afirmación —que probablemente provenga de la economía y que, según mi opinión, puede evitarse— Parsons dificulta mucho la comprobación empírica de su teoría y coloca el peso fundamental de su investigación en el horizonte vivencial del actuar. Un ejemplo típico de un cambio de sentido apresurado de subsistemas funcionales a estructurales lo ofrece también Heimann (cap. 6 nota 13) en relación con el sistema de la economía

[23] Compárese también la exposición de esta, "hierarchy of control" de unidades sistémicas formadoras de estructuras en Parsons (cap. 3 nota 25), pp. 122ss. Una distribución un poco divergente conforme a planos de diferenciación en sets of activities, roles y collectivities se encuentra en Neil. J. Smelser, Social Change in the Industrial Revolution: An Application of Theory to the Lancashire Cotton Industry 1770 bis 1840, Londres 1959, pp. 10s., y en Smelser (cap. 1 nota 22), p. 32, en valores, normas, movilización dentro de roles organizados y facilidades situacionales.

turales de formación de sistemas es inevitable, nos ofrece la última prueba sobre los derechos fundamentales.

Las posibilidades funcionales y específicas de la diferenciación a través de la formación de subsistemas estructurales son limitadas, porque cada subsistema a su vez está conformado por acciones concretas que envuelven a seres humanos de carne y hueso. Los problemas de la sociedad no pueden dejarse en manos de un sistema concreto, donde cada problema se trata como único y donde con sólo conservar los dispositivos del sistema al mismo tiempo se cubre y se soluciona el problema. El propio afán de cada sistema de acción concreto resuelve en verdad muchos problemas: la personalidad individual defiende en gran medida la presentación de sí mismo, incluso con ayuda de la neurosis. La generalización de las expectativas del comportamiento se asume, en parte, por la presentación de sí mismo, en parte por las asociaciones organizadas y, en parte, por las empresas donde se enseña y aprende. La economía existe gracias a la canalización estructural de los intereses de quienes participan. Y el sistema político agrupa lo mismo a políticos que a burócratas en torno a un mismo sistema de fines, al que al mismo tiempo se asocian procesos político-administrativos de procesamiento de información en interés de la sociedad toda. A esto se añade que los órdenes altamente diferenciados desarrollan una capacidad estructural muy grande de inercia, a tal punto que se hace casi imposible llevar una vida sin dinero o sin reconocer las decisiones vinculantes producidas por el Estado o sin hacerse acompañar de la expresión disciplinada de la civilización. Como en todo orden social, también en la sociedad moderna diferenciada, la estructura social con sus mecanismos generalizados de comunicación es en esencia un orden que se sustenta a sí mismo —una vez institucionalizado produce motivos permanentes para un actuar idóneo.

Al mismo tiempo no se entiende la conservación de este orden como si se tratara de algo obvio. No es, con otras palabras, posible por pura voluntad. En la medida en que la diferenciación social progresa, se desmorona la congruencia arcaica entre estructura y función.[24] Se crean tensiones entre la conservación propia (desde

[24] La muy criticada imagen armónica de la sociedad de este funcionalismo temprano parte

luego con sentido) y las tendencias de desarrollo de los sistemas concretos de acción —tendencias que establecen la estructura del orden social y los presupuestos de estabilidad del orden todo. Las esferas de comunicación se generalizan de tal forma, que ya no encuentran apoyo en cada uno de los sistemas concretos de acción. Ningún ser humano concreto puede generar por sí mismo individualidad, civilización, dinero o poder legítimo. Aquí es donde encuentran su lugar los derechos fundamentales como institución de la toda sociedad. Sujetan las tendencias expansionistas del sistema político (determinadas por su propia estructura) en interés de mantener el orden diferenciado de comunicación —dirigido en cada una de sus esferas a problemas específicos funcionales. Encuentran la justificación de su ser en el dilema entre estructura y función, en el problema de la adecuada estructuración del orden social —problema que sólo hace su aparición en los órdenes sociales diferenciados.

El sentido de los derechos fundamentales no puede entenderse a partir de los intereses de cada mortal idealizado ni a partir de los intereses del Estado ni a partir de una relación dialéctica entre ambos. Los derechos fundamentales no son portadores del encanto del deber-ser de los valores que pertenecen a los subsistemas del orden societal entero. Su función resulta finalmente de los problemas de formación de los sistemas sociales y de la diferenciación social.[25] En un orden social diferenciado la posibilidad de existencia de los subsistemas está mediada por el orden total. Sobre esto se basa la posibilidad de que la relación entre ellos se establezca de manera relativamente autónoma y de que puedan orientarse por su propia idea de valor. Aunque para el análisis científico esto significa que estas ideas sobre los valores —dignidad y libertad de la personalidad,

de esta congruencia entre estructura y función. Se debió a que la antropología cultural de ese entonces investigaba las culturas arcaicas sin ningún tipo de diferenciación interna y sin contactos estructurales con el entorno. De esa perspectiva derivó comprensiblemente que las estructuras sociales llevan de manera funcional a un sistema. Al funcionalismo actual no se le puede cargar con ese prejuicio.

[25] Más allá se exige que nuestro concepto de cultura arranque a la estructura de la personalidad su antiguo pacto de quedar vinculada de manera general a un ideal y que la deje enlazada al problema del actuar en los órdenes sistémicos. Compárese la observación correspondiente de Crozier (cap. 2 nota 22), p. 20.

inviolabilidad de la propiedad— no pueden ser el último punto de referencia de los derechos fundamentales.

Correspondientemente la sanción histórica efectiva de los derechos fundamentales sólo proviene de manera visible de la jurisdicción. Detrás de eso se esconde el peligro de una regresión a un sistema social situado en una fase más baja, de un desarrollo menos diferenciado.[26] Los derechos fundamentales no necesariamente tienen que darse —y puede discutirse hasta el infinito si deben existir. Su derecho a existir no se debe a que puedan vincularse a valores últimos —ya que los valores no están en relación con la capacidad de verdad y hay, en el orden societal, suficientes valores que no se expresan en derechos fundamentales. En el plano de los valores no puede entablarse una discusión razonable con el mundo oriental, que se las arregla sin derechos fundamentales. Para ello la teoría de la diferenciación social puede prestar una base idónea. Es hipótesis científica saludable presuponer que en los órdenes sociales diferenciados el problema de la existencia en el mundo del ser humano se soluciona de manera más efectiva que en los órdenes sociales no diferenciados. Y si la diferenciación se sostiene en la altura a la que actualmente ha llegado, los derechos fundamentales —o equivalentes funcionales todavía no descubiertos— son necesarios.

La diferenciación social es un proceso de desarrollo[27] que no puede ni forzarse en cada uno de sus pasos y deducirse de condi-

[26] Compárese Eisenstadt (cap. 1 nota 13), pp. 378ss., con una mirada general sobre posibilidades de desarrollo que pueden presentarse cuando la institucionalización no aguanta el paso de la diferenciación social.

[27] Véase para esto el nada inofensivo concepto de "evolutionary universals", que Parsons pone a discusión (cap. 1 nota 7 — 1964 —): "An evolutionary universal is a complex of structures and associated processes the development of which so increases the long-run adaptive capacity of living systems in a given class that only systems that develop the complex can attain certain higher levels of general adaptive capacity". Parsons mismo ve el ámbito de aplicación de este concepto más que en la diferenciación social misma en el campo de los medios generalizados de comunicación: formación de jerarquías, legitimación del poder político, dinero, derecho universal racional. Aunque en Parsons, y en su círculo de influencia, se encuentra la versión de que la diferenciación social es la variable que sustenta el desarrollo. Compárese por ejemplo Parsons (cap. 1 nota 7 — 1961 —), pp. 239ss.; Riggs (cap. 1 nota 8 —1957—) id.: Bureaucrats and Political Development: A Paradoxical View, en: LaPalombara (intr. nota 10), pp. 120-167 (122ss.); Smelser (cap. 9 nota 23) id.: (cap. 1 nota 13), pp. 106ss.; Almond (intr. nota 10); LaPalombara (intr. nota 10), pp. 39ss.; Eisenstadt (cap. 1 nota 13).

ciones precedentes ni es tampoco presupuesto sin el cual no pueda sobrevivirse. El punto de partida de esta teoría —el presupuesto de inicio de una estructura social no-diferenciada— es una hipótesis[28] más o menos metodológica que entra, sin embargo, en menor contradicción con los hechos históricos que otras que la precedieron: la hipótesis de un "estado natural".[29] El propio análisis funcional se aleja de esta posición, tiene sólo sentido bajo el presupuesto de una diferenciación social de partida: la ordenación de determinados comportamientos a determinadas funciones. Esta teoría afirma que la diferenciación social no trae puras ganancias sino que arrastra sus propios problemas, los cuales determinan el desarrollo siguiente. Cuando el orden social se ha acomodado a las consecuencias de estos problemas —y de eso los derechos fundamentales son una prueba— es en general esperable una forma de vida en la que la existencia del ser humano se ha liberado de las cargas más difíciles del entorno natural y social —lo cual ha caracterizado a toda nuestra historia.

Esta mirada histórica puede con otras palabras formularse de la siguiente manera: la diferenciación social entra en lugar de la estructura de roles (originalmente unitaria) en la que todas las funciones indispensables de la sociedad deben realizarse mezcladas —y por eso con menos efectividad. Para su prestación de orden la

[28] No debe olvidarse que sobre el mundo-de-vida de los órdenes sociales arcaicos no se dice nada cuando se describen como no diferenciados o estructurados de manera homogéneamente difusa. Esta caracterización sirve para resaltar *nuestro* problema. Sin ser directamente falsa pone de manifiesto el vacío de contenido de su sentido metodológico. Es comparable con ciertas teorías extremas del estado inalcanzable de felicidad con el que algunas teorías psicoanalíticas tratan de traer los problemas reales a un contexto funcional —por ejemplo las teorías de la total satisfacción de la libido originaria antes del parto como se encuentra en Sigmund Freud y Otto Rank.

[29] El estatus moderno de la doctrina de lo natural es una reacción al Estado moderno y de ninguna manera una leyenda de justificación o un simple pasatiempo. Tiene el sentido de hacer ver el rompimiento del Estado con la naturaleza y de documentar lo que hay allí de verdad. Aunque en el correr del tiempo no se conservó en sus detalles. Una comparación a fondo del antiguo estatus de la doctrina de lo natural con las premisas de la teoría de la evolución funcional podría sacar conocimientos importantes tanto sobre los métodos como también sobre el desarrollo objetivo de la ciencia desde el tiempo en que se fundaron los derechos fundamentales. Resaltaría la necesidad de hacer justicia al desarrollo de la ciencia en la dogmática de los derechos básicos.

diferenciación social debe *en todos los respectos* disponer de equivalentes funcionales. El proceso de diferenciación se realiza como proceso de sustitución de dichos equivalentes funcionales. La unidad original sobrevive como una especie de coacción del sistema. Sólo puede sustituirse por una red compleja de estructuras diferenciadas, establecidas funcionalmente y adecuadas entre sí. La dificultad de este desarrollo es que en verdad no puede realizarse de manera parcial. Aunque evidentemente existen 'pasos' relativamente favorables,[30] en tiempos de darlos es frecuente que falten equivalentes funcionales para las prestaciones que llevaban a cabo las antiguas instituciones fracturadas. La experiencia histórica enseña que los desarrollos parciales son inestables. Es verdad que el desarrollo hacia una diferenciación más fuerte no empieza al mismo tiempo en todos los campos funcionales. Puede ser que empiece primero a captarse y a separarse en el contexto (especificado funcionalmente) de comunicación religioso, político o económico.[31] Después se requiere que todos los otros campos funcionales secunden rápidamente este paso hacia una mayor autonomía, mayor generalización, mayor separación de los roles, mejor equiparse para las dependencias mutuas —para poder así compensar al orden total y descargarlo de las tensiones internas. Las investigaciones de Eisenstadt sobre las dificultades de una autonomización demasiado rápida del sistema político lo han puesto muy en claro. De la misma forma la expansión de la economía monetaria no sería pensable (como se sabe) sin el respaldo de un sistema político fuerte en sus decisiones, sin una suficiente estabilización abstracta de las expectativas

[30] Piénsese por ejemplo en la tesis de Max Weber de que la religiosidad protestante hizo posible una tal transición. En la actualidad no es necesaria en esa función sino ha sido reemplazada por instituciones auto sustentadas de la diferenciación social. Otro ejemplo se encuentra en la continuidad arriba mencionada de la familia como base de la formación de la personalidad y de la distensión: al parecer en esas funciones especiales no fue tocada sustancialmente por las funciones diferenciadas de la política, de la economía y de la educación cultural. Véase para esto, p. ej., Sidney M. Greenfield, Industrialization and the Family in Sociological Theory, The American Journal of Sociology 67 (1961), pp. 312-322. Mejores ejemplos para el significado de transición también de la gran familia podrían quizá encontrarse en los estratos altos europeos.

[31] Así sobre todo Parsons (cap. 1 nota 7 — 1961 —) pp. 244ss. Véase además arriba cap. 1 nota 13.

de comportamiento y sin un consumo individual motivado y la disposición al trabajo.[32]

Estas interdependencias son necesarias para la institucionalización de una buena cantidad de derechos fundamentales, los cuales sirven para proteger *entre sí* que la individualidad de la personalidad, la civilización de las expectativas de comportamiento, la orientación de la economía por el dinero y la base democrática del poder, no queden encerradas en el círculo del poder del sistema político. Si la trayectoria de esta protección se limitara, por ejemplo, a preservar la personalidad (como lo supone la dogmática dominante) el orden total apenas si podría estabilizarse. Por eso en la multiplicidad separada de los derechos fundamentales está el rasgo esencial distintivo de la institución que integra a la sociedad toda. Sólo cuando se pone ante los ojos la dimensión histórica de los derechos fundamentales, puede contestarse la pregunta por la unidad funcional e institucional de los derechos fundamentales: sirven para preservar la diferenciación social.

[32] Versiones parecidas sobre la inestabilidad de los tiempos de transición y de las diferenciaciones parciales se encuentran en Riggs (intr. nota 10) o en Smelser (cap. 1 nota 13), pp. 106ss.

10
Sociología y dogmática de los derechos fundamentales

El último capítulo debe dedicarse al problema del horizonte de conciencia del pensamiento sobre los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, a contestar la pregunta inicial por la relación entre dogmática constitucional y sociología política.

Las investigaciones previas abandonaron en algunos lugares el círculo de representación que la dogmática de los derechos fundamentales considera relevante y de donde desprende su orientación. La discusión tuvo que ampliarse para mostrar las condiciones estructurales del orden societal que para la institución de los derechos fundamentales son decisivas. Los derechos fundamentales fueron hasta aquí un tema que en todo momento hizo explotar el marco de decisiones preliminares de un simple tratamiento jurídico y aun constitucional. Quien trata derechos fundamentales no puede restringirse sólo a derechos fundamentales. La gama en la que la sociología obtiene representaciones no-jurídicas e incluso hechos y que necesariamente nos desvió por muchos lados del tema principal, debió ser algo verdaderamente extraño para la dogmática jurídica. ¿No es esto una carga inútil, una exigencia desmesurada que puede evitarse o, todavía peor, una peligrosa inseguridad de los fundamentos decisionales de la interpretación jurídica constitucional, de la cual depende en gran medida la efectividad política de la Constitución?

■

Causa directa de esta ampliación de horizonte es el interés sociológico por las funciones y los nexos estructurales latentes —cosa muy esencial y quizás la característica más concluyente de la sociología como ciencia.[1] Desde sus inicios la sociología se esforzó por liberarse de los registros de realidad fundados en perspectivas teleológicas, valorativas o normativas.[2] No se libera de los valores —como trató de expresar la desafortunada fórmula de 'neutralidad valórica'—[3] sino de la estrechez de horizonte de la acción con las orientaciones que la acompañan y con su lógica de justificación tan singular. La sociología esencialmente se diferencia sobre todo de la

[1] Compárese F. A. von Hayek, Scientism and the Study of Society I, Economica 9 (1942), pp. 267-291 (276ss.); Alvin W. Gouldner, Theoretical Requirements of the Applied Social Sciences, American Sociological Review 22 (1957), pp. 92 hasta 102; Robert K. Merton, Social Theory and Social Structure, 2ª ed. Glencoe 111. 1957, especialmente. pp. 60ss.; Levy (cap. 9 Anm. 5), pp. 83ss., y para el surgimiento de este concepto de las relaciones latentes a partir del círculo de problemas de las consecuencias no deseadas de la acción, Robert K. Merton, The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action, American Sociological Review 1 (1936), pp. 894-904. El problema de la eficacia inconsciente es naturalmente anterior al tratamiento sociológico. Ha encontrado expresión de diversas maneras: inescrutabilidad de los designios de Dios, astucia de la razón, fuerza callada de la historia, soporte del bienestar mediante el egoísmo sometido al mercado o exigencia selectiva en la lucha por la existencia. La formulación del problema por parte de la sociología funcional tiene, frente a estas expresiones, la ventaja importante de poder unir al entendimiento de la latencia de la función la pregunta por la función de la latencia y, con ello, buscar equivalentes funcionales para la ignorancia. Compárese para esto Wilbert E. Moore/ Melvin M. Tumin, Some Social Functions of Ignorance, American Sociological Review 14 (1949), pp. 787-795, und Louis Schneider, The Role of the Category of Ignorance in Sociological Theory: An Exploratory Statement, American Sociological Review 67 (1962), pp. 492-508.

[2] Compárese con algunas observaciones de Helmut Schelsky (cap. 3 nota 16), pp. 13ss., ídem., Ortsbestimmung der deutschen Soziologie, Düsseldorf — Köln 1959, p. 122; además la caracterización muy aguda de este enfoque de investigación como "refusal to take purposes at their face value" de Kingsley Davis, The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology, American Sociological Review 24 (1959), pp. 757-772 (765).

[3] En el fondo esta fórmula—como su distinción precedente ser/valor (verdadero o simplemente válido)— es un correlato del pensamiento de la diferenciación social. Dado que la diferenciación hace saltar en pedazos el actuar, con ello queda eliminado el consenso general de los componentes decisivos de la acción: se les tomará como simplemente válidos y no como capaces de ser verdaderos. En el singular rigor de la exigencia metódica de la prueba de la verdad —que con la modernidad se impone — se refleja el problema del consenso, pero también el de la reducida necesidad de consenso de la sociedad diferenciada. Que en primer lugar con este cambio se benefician sobre todo las ciencias de la naturaleza, no significa, al parecer, que vaya a ser una distorsión duradera para las posibilidades de investigación.

ética tradicional vinculada a las emancipadas ciencias de la acción, que trataron de racionalizar la perspectiva de la acción en cuanto tal: la antigua ciencia política, la economía nacional, la ciencia de la empresa, la ciencia jurídica. Todas estas ciencias pretenden indicar al que actúa su actuar correcto. La sociología se establece en este campo previamente compartido, pero con una perspectiva inusitada. Le propone al que actúa una medida incongruente y con ello logra una racionalidad hasta ahora no percibida: una racionalidad no atada a la finalidad del actuar, sino la que resulta de comparar abstractamente otras posibilidades de acción.

De aquí se explican los movimientos exitosos de la teoría de sistemas y del método funcional en la sociología —le ofrecen bases teóricas y una técnica de comparación. Mientras que —en el transcurso de los nuevos desarrollos científicos— las ciencias descargadas de la ética tratan de garantizar la acción concreta mediante la selección de un punto de vista, es decir un valor, y por eso conocen la comparación en el marco de fines ligados a la ponderación económica, la sociología se dirige a ampliar el horizonte de la acción. Confronta —bajo el punto de vista de la conservación del sistema, el cual no necesita el valor del que actúa para ser— toda acción con otras posibilidades.

Una ampliación de este horizonte de tan alto propósito exige, en contrapartida, una decisión racional que sirva para reducir alternativas y posibilite el mejor manejo posible de los hechos desconocidos, de las expectativas sociales de comportamiento y de los riesgos de la decisión. Las antiguas ciencias de la acción se verán con esto empujadas al rol complementario de las ciencias de la decisión. En la economía nacional es donde más se ha desplegado este impulso.[4] Le sigue la ciencia política (piénsese en la alianza con la teoría de los juegos), y tendencias parecidas se observan también

[4] Compárense aquí los ya citados estudios de Albert (intr. nota 2 y cap. 6 nota 2) en los que los duros 'juegos de palabras' científicos de la economía nacional se reducen a la lógica de la decisión y a la sociología del mercado. Allí se encuentra un paralelismo interesante con la aquí expuesta complementariedad entre dogmática jurídica y sociología política —delimitada ciertamente por la circunstancia de que la sociología de Albert se entiende todavía como rigurosamente causal-científica (y según los criterios de Popper como teoría causal no fácilmente falsable) y no funcionalista.

en la nueva discusión sobre el método en las ciencias jurídicas.[5] La combinación entre sociología y técnica de decisión —como división del trabajo del proceso investigativo— garantiza la racionalidad no en la acción particular buena (por estar orientada a valores), sino en la forma de sistemas de acción, en donde las acciones particulares y sus conceptos de orientación (hechos, valores, fines o normas) adquieren funciones específicas. En el marco de una teoría así —enlazada a problemas sistémicos— podrían investigarse, con el esmero solicitado, el sentido posible y las condiciones de aplicación de los valores como componentes de la decisión. Y no tardará allí en anularse rápidamente la imagen simple de que la aplicación de los valores es sobre todo cosa de buena voluntad.[6] La dogmática jurídica tendría según esto que ver —al igual que la ciencia pura de la economía o la teoría de la estrategia política— con modelos de cálculo de la decisión, cuyos puntos de vista y datos problemáticos se relacionan con la sociología. Mientras que la sociología se ocupa, entre otras cosas, de las condiciones de la estructura social, entre las cuales los

[5] Allí es menos de esperarse —como sucede en América— la transferencia demasiado drástica de las teorías behavioristas de la decisión a la sala del tribunal, sino más bien a las relaciones entre dogmática jurídica y decisión de problemas jurídicos —cuya investigación promete ser muy estimulante en la doctrina del método del derecho civil. Compárese Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 2ª ed. München 1963, y Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956. Sobre todo Esser lleva la dogmática de los problemas jurídicos a una sorprendente situación paralela a la del funcionalismo sociológico sobre los problemas.

[6] Compárese para esto p.ej., David Braybrooke/Charles E. Lindblom, A Strategy of Decisión: Policy Evaluation as a Social Process, Nueva York — Londres 1963, donde el tipo de argumentación (ingenua y deductiva) sobre el valor —que caracteriza también a nuestra interpretación de los derechos fundamentales— se muestra insuficiente desde las primeras páginas y antes de entrar propiamente en materia. El refinamiento intelectual que se necesita para el trato racional con los valores supera en mucho el arte de conceptuar de los métodos de interpretación jurídica. Se equivocan para su bien los juristas (como los políticos y los burócratas) cuando creen que se orientan por valores. Se orientan por programas de decisión en los que alguna vez llega a jugar un papel paralelo de determinación algún concepto de valor. El jurista nunca se encuentra en la difícil situación de emprender una acción en donde una constelación de valores —indeterminada, fluctuante, contradictoria, parcialmente consensuada y mucho mejor que las alternativas conocidas— decida. Los programas de decisión jurídica tienen la siguiente forma: cuando se lesiona el valor A (derecho fundamental A) entonces B (se anula el supremo dominio del Estado B). Allí no se encuentra ninguna decisión de aplicación del valor en el sentido de que haya que preferir una determinada acción en razón de un valor determinado y en desventaja de otro.

lenguajes especiales racionales pueden, en cada una de las esferas de comunicación, volverse realidad como un hacer-referido-a-roles.

Si este juicio —sin duda extrapolado en el sentido de tomar tendencias supuestas y por eso mismo no completamente libre de rasgos especulativos— sobre el actual desarrollo de la ciencia es correcto, entonces no se ve que haya una nivelación de la diferencia entre investigación sociológica e interpretación dogmática. Aun cuando el funcionalismo de los problemas y el método comparativo se empleen en los dos campos — si bien en la actualidad ése no es el caso— los cuadros conceptuales de referencia y la modalidad de los resultados pretendidos deben ser divergentes. Con otras palabras: no es de esperarse un derecho natural sociológico. Esto contradiría la valoración del derecho positivo que está en la base del presente trabajo: los órdenes sociales diferenciados no pueden convertir directamente opiniones en cuestiones de validez jurídica. Deben intercalar procesos de decisión que sirvan de filtro. Si se aceptara una fusión entonces se contradiría el propósito que soporta nuestra búsqueda: agudizar la conciencia sobre la diferenciación. El aparato conceptual de la investigación sociológica (orientado al descubrimiento y comparación de sistemas) se propone una tarea distinta al del aparato conceptual de la dogmática, el cual consiste en hacer más ligero y calculable tomar una decisión.

El que se rechace una armonía sin planos no quiere decir, sin embargo, que no deban existir contactos. Quien entre sociología y dogmática ve una tarea complementaria[7] debe exigir que esos contactos se den.[8] La especificación de la función científica y la singularidad del aparato conceptual son las que sobre todo

[7] Esta complementariedad no es naturalmente idéntica con la de las instituciones jurídicas y extra jurídicas que Dietrich Schindler —Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3ª ed., Zürich 1950— ha tratado. Hay que guardarse de una confusión así, porque con ello la sociología quedaría confinada a las instituciones extra jurídicas y se cortaría la posibilidad de una sociología del derecho.

[8] A lo más esto sucede hoy día en el marco de los esfuerzos del derecho comparado. Véase principalmente Ulrich Drobnig, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 18 (1953), pp. 295-309. La delimitación de los contactos con la sociología del derecho es demasiado estrecha. Los problemas que el orden social presenta al derecho de ninguna manera se experimentan siempre como problemas de derecho.

—como en toda diferenciación— hacen posibles los contactos. Allí no necesariamente los puntos de vista sociológicos *eo ipso* tienen valor exegético, como tampoco al revés, las explicaciones puramente exegéticas, valor sociológico. Pero no habría que quedarse en esta afirmación negativa: deben crearse posibilidades de traducción de un mundo al otro, posibilidades de transformar el enfoque y el resultado del problema. Por eso al final urge la pregunta que de manera implícita ha acompañado estos razonamientos: ¿si en su forma actual la dogmática de los derechos fundamentales está preparada y equipada para entablar este intercambio de ideas?

Es evidente que este es un asunto de grados de información, de capacidad de representación mutua, de organización académica y de división de plazas de trabajo departamentales. Dejemos todo esto de lado y lo que queda por investigar es si la estructura básica conceptual y si la disposición general de la dogmática está abierta y garantiza esta capacidad de recepción.

La representación del mundo de la dogmática jurídica está determinada por la forma de un derecho. El derecho fundamental se le presenta al ciudadano como un derecho subjetivo dirigido contra el Estado —el cual queda comprometido.[9] Más allá de estos límites el Estado puede actuar libremente y el ciudadano debe aceptar las consecuencias. Con la decisión sobre el contenido de los derechos fundamentales y con la interpretación de su sentido sobreviene una decisión (actual o potencial) en conflicto entre Estado y ciudadano. Pero ¿es por eso condición decisiva que un tal conflicto —que ordena sobre ese gozne todo el mundo de representación de la dogmática y al cual dirige su interpretación— deba aprehenderse como mundo opuesto entre Estado y sociedad, entre intereses privados y públicos?

La forma de un derecho y la circunstancia de que el derecho desde siempre se ha orientado al conflicto —aunque también el que otras bases de representación hicieron falta— ocasionaron que los conceptos básicos y las representaciones rectoras de la dogmática se

[9] La pregunta por el susodicho tercer efecto de los derechos fundamentales la podemos dejar aquí de lado. Es en todo caso atípica —independientemente de la posición que en detalle se asuma ante ella.

polarizaran en el sentido de una contradicción total entre Estado y ciudadano. Lo que allí debe reflexionarse no es la afirmación de una oposición de intereses —lo cual no puede negarse. Debe también ponerse ante la vista el alto grado de congruencia de intereses, lo cual para la dogmática no resulta atractivo porque de allí no trasciende ningún problema que deba solucionarse. La dogmática puede admitir esta congruencia sin cambiar esencialmente su orientación. Aunque su registro de realidad está más bien puesto en la consideración de sólo dos esferas de intereses contrapuestas, en donde cada una sólo puede representarse por el demandante o por el demandado. De esta manera la situación del proceso se proyecta en el orden social, y con ello, los puntos de vista de la decisión se reflejan desde el orden social.

La consecuencia de esta construcción de frentes es, primero, una sobretensión del concepto-guía protector de la esfera del ciudadano, la abstracción sobredimensionada del concepto de libertad. Pierde así toda limitación interna, ya que debe aceptar y cubrir lo heterogéneo. Se la vacía convirtiéndola en simple hipótesis y podrá con buenas razones prescindirse de ella. El derecho de libertad cae en la cercanía insólita de los pensamientos igualitarios y casi pareciera que con esta nueva reconciliación entre libertad e igualdad el siglo XIX estuviera a las espaldas. Designan no otra cosa que dos aspectos ligeramente acentuados de la necesidad de fundamentación de la acción del Estado, con el acento puesto en la consistencia de las razones en el recuadro del orden jurídico vigente. Así, en la actualidad, junto a aplicaciones más precisas, en todas las reclamaciones constitucionales pueden reprocharse violaciones a los arts. 2 ap. 1 y 3 ap. 1 GG.* Detrás de la fachada (que ha quedado igual) de las palabras de la ideología liberal se realiza un cambio funcional de los derechos fundamentales: pierden función objetiva y ganan función procesal. Ya no sirven de criterios de decisión, sino de puerta de ingreso a reclamaciones relativas a la Constitución: abren la entrada a que se comprueben las razones de las leyes en los tribunales

* "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral"; "Todas las personas son iguales ante la ley".

constitucionales. Y con esto el derecho de libertad del ciudadano se corre al derecho de libertad del juez.

Naturalmente esta imagen es exagerada. No hace justicia a los esfuerzos del Tribunal Constitucional de la República y a la doctrina jurídica por dotar de puntos de referencia y de principios vinculantes a la argumentación. Se dice finalmente que este intento está construido sobre tierra movediza. Cuando la necesidad de decidir entre demandante y demandado se coloca tan abstractamente en las premisas de decisión, de allí como instrucción sólo pueden fatalmente deducirse tautologías veladas. Así cualquier decisión es posible —lo cual desde el punto de vista de encontrar una decisión puede contar como ventaja— y todas las fundamentaciones se escurren de las manos. La dificultad discutida anteriormente[10] de la determinación del límite del contenido esencial del artículo 19 ap. 2 GG ilustra este problema con una claridad que no deja mucho que desear.

Una realización de sentido más intensa de las premisas de decisión de los derechos fundamentales casi tampoco la alcanzan las ciencias filosóficas o la acepción histórico humanista con sus fórmulas agotadas, aunque sí las ciencias empíricas que caracterizan nuestro tiempo. Porque ¿de qué otra manera puede decidirse qué sentido proporcionado tienen dignidad y libertad bajo las condiciones generales del orden societal moderno? ¿Cómo puede decidirse si es adecuado medir la esencia de la propiedad con su actual valor monetario? ¿Cómo pueden motivarse las instancias de decisión estatales para que se interesen en observar los derechos fundamentales, si sólo los ven como límites jurídicos (puestos por fuera) de la acción, detrás de los cuales amenazan las sentencias del tribunal y no se hacen visibles como instituciones funcionales que sirven para conservar la diferenciación societal y para preservar también el sistema político?

En los capítulos anteriores intentamos —con disquisiciones iniciales— hacer ver esta conexión entre dogmática y ciencia empírica. No por casualidad ese intento obligó a diferenciar más fuertemente la referencia del problema de los derechos funda-

[10] Compárense pp. 59s.

mentales. Debimos dejar de lado la simple dicotomía de intereses contrapuestos, la cual lo único que hace es reflejar primordialmente el esquema de la queja, dado que con sus consejos de compartir los pesos obstaculiza el ingreso a la muy complicada realidad de nuestro orden societal. Si la dogmática jurídica aceptara este quiebre —aunque debe recordarse que las afirmaciones funcionales de la sociología no son por sí mismas dogmática jurídica— podría presumiblemente obtener grandes ganancias respecto a un entendimiento objetual y a fundamentaciones más sólidas.

Pero, por sobre todo, el análisis sociológico de la institución de los derechos fundamentales y su función podría posibilitar volver a plantearse de forma nueva el asunto de la *versión legislativa de los derechos fundamentales*.[11] Y en esto quizás esté su aportación más importante a la dogmática de los derechos fundamentales.

Con toda seguridad los derechos fundamentales no son simplemente logros de bienestar y, en su asignación más precaria, objeto de planeación legislativa. Ésa es más o menos la visión de los derechos fundamentales que tiene el Este. Se le reprocha a la dogmática jurídica del Oeste su formalidad, en el sentido de que el Estado no tiene capacidad de llevarlos a cabo. No es en este sentido en que se habla aquí de versión legislativa.

Por otra parte, es necesario realizar las fijaciones de los textos constitucionales y para eso se requieren decisiones políticas —a las que no debe escamotearse la responsabilidad política remitiéndolas a las salas de los tribunales. No se trata de una operación de conocimiento independiente de quién conoce, sino de la determinación de los límites del sistema político.

[11] En la nueva literatura jurídica constitucional esto lo hace también Häberle (intr. nota 14). Él subraya con todo derecho el carácter institucional de los derechos fundamentales y con eso se coloca en la situación de alejarse de la versión dominante de que la legislación pueda ser la salvedad para invadir los derechos fundamentales previamente constituidos, y la de exigir que se disponga de un modelo de legislación más amplio sobre los derechos fundamentales. Aunque su escrito no sabe cómo —ya que no ofrece ningún punto de referencia sobre el contenido de una tal legislación. El puro principio formal de considerar los bienes necesarios, al que Häberle se acoge, no da mucho de sí ni siquiera cuando se antepone como límite "inmanente" de los derechos fundamentales. Véase para esto arriba cap. 4 nota 18. La pregunta (no interpuesta ni respondida por Häberle) por el contenido de este modelo legislativo habrá de contestarla la sociología.

La actual interpretación constitucional considera los derechos fundamentales total o parcialmente[12] como derechos subjetivos, cuya conformación está en principio separada de las decisiones estatales y que, en calidad de derechos pre-estatales, requieren protección, pero no que se actúe. La simple legislación (que tendría que verse como enemigo potencial de los derechos fundamentales) puede sólo intervenir allí en la medida de una formulación propia de reserva. Esta intervención se entenderá como una especie de violación (conforme a derecho) del derecho. En esta protección contra las intervenciones legales (y no por ejemplo en la programación vinculante de las decisiones de actuación) se expresa la preeminencia jerárquica de la Constitución frente a la simple ley. La actualización de los derechos fundamentales se dejará a la conciencia del ciudadano (querellante en caso de necesidad) y se pondrá en manos del poder judicial responder a la formación del contenido de los derechos fundamentales.

Cuanto más profunda sea la mirada sobre este complicado entramado de funciones latentes y manifiestas de los derechos fundamentales, más se dudará si a la larga se pueda confiar en esta ruta de pensamiento y en sus muy limitadas posibilidades de actualización. Ciertamente nadie querrá abandonar la forma de pensamiento del derecho subjetivo y su asignada protección individual del derecho. Pero la decisión sobre lo que, como contenido de tales derechos, se habrá de limitar y proveer con sanciones estatales necesita orientación más amplia. Esta orientación puede encontrarse si se consideran los derechos fundamentales como institución decisiva del orden social.

De un análisis funcional no puede en general deducirse ninguna decisión que fuera única y correcta. Aunque ofrece sufi-

[12] La separación aguda entre derechos de libertad y garantías institucionales (y en esa medida necesitadas de ejecución) es una de las tesis más aceradas de Carl Schmitt; compárese (cap. 1 nota 1), pp. 170ss. Y derechos de libertad y garantías institucionales en: (intr. nota 14), pp. 140-171. Para su influencia posterior véase v.g., Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1955), pp. 8-36; reimpr. en: ídem., Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, pp. 27-56; además la crítica no suficientemente penetrante de Gerd Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1961, pp. 116ss.

cientes puntos de sujeción para decidir sobre soluciones (utilizables) a problemas. Cuando los problemas de referencia de cada uno de los derechos fundamentales se clarifican, las determinaciones de los derechos fundamentales pueden en la Constitución aprehenderse y llevarse como tareas con contornos delimitados. Y con eso se gana un criterio con el que puede leerse la necesidad de una ley o incluso de un cambio constitucional cuando cambian las relaciones. En tanto que la dogmática dominante del cambio constitucional sólo a regañadientes puede explicar esto como facto histórico, sin hacer el intento de racionalizarlo. Por eso requiere medidas externas a la Constitución.

La orientación de los derechos fundamentales hacia la función social debería hacer posible una legislación operante que asumiera la responsabilidad política y que fuera más consciente de los problemas y más atenida a los hechos que la decisión del juez, ligada al caso particular. Y esto en un horizonte de mayor amplitud para solucionar problemas sociales que causan desasosiego a los derechos fundamentales. Los típicos embudos que se forman en la doctrina dominante —por ejemplo la arriba discutida problemática de rango de la capacidad de función del dinero—[13] se dejan solucionar sólo de esta manera. El orden del carácter de la profesión puede quedar más abierto que como está en las aclaraciones de la legislación al artículo 12 GG. Lo mismo es válido para las numerosas leyes y ordenamientos que determinan con más cercanía el contenido y los límites de la propiedad en el sentido del art. 14 par. 1 proposición 1 de la GG. Allí debería aceptarse el aborrecimiento (desgraciadamente necesario) al derecho pleno. Se reconocería entonces con más claridad cuántas veces y con cuánta frecuencia en lugares escondidos se soluciona la realización del programa constitucional de la propiedad mediante la simple legislación. También las leyes sobre la prensa no sólo sirven para delimitar la libertad de prensa, sino también para establecer la libertad de prensa. Los ejemplos pueden multiplicarse. Aquí se trata tan sólo de reconocer el principio constitutivo. Los análisis sociológicos podrían ayudar a la dogmática jurídica a liberarse de su matrimonio con el pensamiento

[13] Compárese arriba pp. 119s.

interviniente y delimitador, podrían ayudar a reconocer la complejidad y la multiplicidad de aspectos de los derechos fundamentales y, en conexión con ello, a depositar en la legislación la parte de la carga de explicación y detalle por parte de los tribunales. Con esto queda esbozado el camino para mejorar la seguridad de la decisión en la ejecución de los derechos fundamentales.

La posibilidad de resolver controversias jurídicas no se agrava necesariamente con la pre-orientación sociológica de la dogmática. La ampliación del horizonte de conciencia no vuelve forzosamente más insegura la decisión cuando está trazado el linde de transformación de las representaciones y los argumentos y con ello establecido el resguardo de creer que a las opiniones sociológicas en cuanto tales pueda atribuírseles validez jurídica. Se trata con esto en primer lugar tan sólo de una duda. La otra duda sería si las estructuras y funciones latentes no deberían permanecer latentes si es que quieren llevar a cabo su sentido, si la luz de la conciencia no haría que su valoración, en un contexto de argumentación jurídica, redujera su eficacia o la suprimiera inclusive. ¿Habría todavía demandantes que a riesgo propio se atrevieran a exigir la diferenciación de la sociedad, la civilización de las expectativas? La posibilidad de resolver controversias entre derechos fundamentales serviría de poco cuando el interés individual estuviera tan fuertemente neutralizado, que ya no hubiera motivos para observar el derecho o cuando derechos fundamentales iguales se activaran de manera desigual.

Con ello damos nosotros con el problema general de la función de la latencia-de-las-funciones. Aunque la sociología ha retomado frecuentemente esta pregunta[14] tanto con investigaciones particulares como de manera general, apenas puede decirse que ha pasado algo diferente al haber interpuesto la pregunta. Puede de cualquier manera desgajarse un criterio decisivo que haga posible un trabajo diferenciado sobre esta pegunta y que se emprendan inves-

[14] Aparte de los ensayos sobre este problema arriba citados en la nota 1 de Moore/Tumin y Schneider, compárese como formulación fundamental p.ej., Merton (cap. 10 nota 1), p. 51 o Dorothy Emmet, Function, Purpose and Power, Londres 1958, pp. 106s. (con el muy buen ejemplo de la función social del arte) y como investigaciones de caso p.ej., Blau (cap. 7 nota 16), pp. 8, 81, 112 o Pamela Bradney, The Joking Relationship in Industry, Human Relations 10 (1957), pp. 179-187 (185ss.).

tigaciones empíricas: debe preguntarse si las acciones importantes funcionales deben perder su capacidad de atracción y motivación cuando se destapan.[15] Entonces habría que distinguir entre dos tipos de ficciones culturales como los dice James Woodard:[16] una es la de los dioses tribales —de la monarquía o de la superioridad de la raza blanca— que debe mediante desenmascaramiento destruirse. Su revelación lleva a otro comportamiento. La otra, nadie tiraría a la basura su reloj cuando descubriera el carácter ficcional de la división del tiempo.

En este punto podemos afirmar confiadamente que las abstracciones de la dogmática jurídica pertenecen a este último género. La dogmática de los derechos fundamentales enlazada a una investigación sociológica debe también atenerse a la categoría de derechos subjetivos a la que todo ciudadano se ciñe y, a decir verdad, en todas las esferas de los derechos fundamentales. El reconocimiento de un derecho subjetivo no depende de que el ciudadano defienda con ello la individualidad de su personalidad. Le ofrece también protección como participante en los roles especiales del proceso de comunicación social, de la economía y de los procesos políticos de formación del poder. Las construcciones conceptuales con propósitos de fundamentación sirven sólo para presentar la demanda jurídica y para la sentencia: los motivos se acomodan a lo que de allí resulta. Para la resolución del proceso es determinante que con ello no se fundamente una demanda. Entre las ideas-guía de la construcción dogmática (con propósitos de fundamentación) y el motivo del comportamiento práctico existe una zona de amortiguamiento de mutua indiferencia, la cual no permite que se establezcan consecuencias inmediatas. Tales consecuencias deben —con todo derecho— sólo hacerse presentes cuando en los casos

[15] Schneider (cap. 10 nota 1) habla de la sensible “attractiveness of intermediates”. Véase también la formulación de Schelsky (cap. 3 nota 16) p. 14, las categorías del derecho deben estar construidas de tal manera que “puedan ser al mismo tiempo motivos de conciencia para el actuar”.

[16] The Role of Fictions in Cultural Organization, Transactions of the Nueva York Academy of Sciences Series I Vol. 6, Nueva York 1944, pp. 311-344 (343). Algunas observaciones relevantes se encuentran también en Gehlen (cap. 4 nota 37), animado por su separación substancial entre motivo y fin de la institución.

particulares las consideraciones de las premisas dogmáticas lleven a una diversa valoración del deber del Estado y de los derechos de los ciudadanos.

La confrontación de premisas dogmáticas con problemas estructurales (aprehendidos sociológicamente) no necesariamente lleva a poner en peligro ni la seguridad de la sentencia ni los intereses de la demanda. Presumiblemente la dogmática aprenderá de mejor manera a asir y captar su propio sentido y el sentido de las decisiones sobre las normas de derecho positivo que interpreta, cuando se alecciona echando una mirada en las funciones sociológicas sobre posibilidades de resolver los problemas de otra manera. Ya que sólo en la comparación puede aprehender el sentido del orden jurídico como decisión precisamente para esta u otra solución del problema. Mucho habla a favor de que este vuelco está exigido por el hecho mismo de la diferenciación de la sociedad que hemos analizado. Los órdenes sociales diferenciados requieren una conciencia más abarcadora que la de los órdenes sociales de estilo antiguo, con instituciones tradicionales fijas y con una posición enemiga frente a lo desconocido. Esta conciencia disuelve todos los puntos de sujeción en los cuales se creía de manera absoluta. Por otro lado, en el marco de grandes sistemas estables se produce la seguridad de conducir la vida renunciando a esas constantes y colocando de raíz el propio contexto dentro de la ponderación de alternativas. El supuesto de una inmutabilidad absoluta de los fundamentos del ser puede concluir cuando puede confiarse en un sistema en el cual todo puede en verdad cambiar —aunque no de golpe ni de manera inesperada y sin haber propuesto sustitución alguna.

La vivencia y el estilo de decisión de los sistemas sociales diferenciados parecen dirigirse a sustituir las anteojeras inamovibles por anteojeras movibles. Hacen el mismo servicio pero lo recortan a la función específica de proteger una determinada perspectiva, sin obstaculizar del todo el ingreso a otros modos de ver y formas de pensar. También esto es característica propia (que Simmel había ya descubierto)[17] de los sistemas diferenciados: mientras que las sociedades simples con acciones o instituciones particulares deben soportar

[17] (Cap. 3 nota 20 — 1890 —) pp. 25s. y en otras muchas partes.

una gran cantidad de cargas inútiles excesivas (contradicciones muy marcadas, reacciones muy duras, responsabilidades muy amplias), la diferenciación, dosificando la función específica del gasto, logra minimizar el riesgo, las cargas mutuas, las desventajas funestas. No se supera el horizonte de límite de la orientación humana. Por eso la racionalización toma el camino de la construcción de sistemas. Pero puede vivirse y actuarse en la conciencia de lo cambiante-de-la-perspectiva y en la multiplicidad de posibilidades de referencia de los sistemas. Una libertad así de última ante otras posibilidades no es posible bajo el presupuesto del pensamiento ontológico metafísico, que busca siempre la verdad del ser descartando otras posibilidades. Pero a nosotros ¿qué nos obliga, en preguntas filosóficas, a seguir permaneciendo en esta hipótesis de pensamiento y pensar la libertad sólo como libertad de hacer o como valor?

La dogmática dominante interpreta los derechos fundamentales como valores. Busca un anclaje absoluto del actuar político en los puntos de vista arriba presentados, los cuales fundamentan la conformidad de la selección de determinadas acciones. Que los derechos fundamentales guían la elección del actuar correcto, es decir, que se desempeñan como valores, es cosa incuestionable. Pero la pregunta es si esta caracterización no es algo superficial, aun cuando ascienda a lo más alto y último en el sentido de llegar a donde ya no es posible deducir más.[18] Con los valores puede argumentarse de manera fácil y barata: esto debería servir de advertencia suficiente.

La superficialidad del pensamiento de los valores se muestra sobre todo en que con conceptos cercanos a la acción —valor, buena o mala voluntad y sanción— pretende entender que la acción humana puede reducirse a temas de motivación y, por consiguiente, hacer que aparezca de manera poco estructurada. La teoría del valor sobrestima la libertad de acción. Despierta la impresión de que se trata tan sólo de que reconozcamos los postulados de los valores y que los sigamos, o que de manera malvada no los busquemos y persigamos otros valores. Por eso los partidarios de los valores

[18] Compárese aquí el juicio sobre la metafísica del valor en los estudios de Heidegger sobre Nietzsche: Martin Heidegger, Holzwege, Frankfurt 1950, pp. 193ss.

están destinados a echar mano de mandamientos y sanciones. La administración estatal, que una y otra vez lesiona los derechos fundamentales, parece estar dotada de las peores intenciones. La retroalimentación de la dogmática de los derechos fundamentales por la teoría sociológica (que puede recurrir a contextos muy complejos y no dependientes de los motivos) aclara, por el contrario, que estamos puestos en una determinada constelación de problemas donde sólo tiene sentido la acción limitada dentro de marcos de referencia. Posibilita el análisis de las posibilidades de juego, de sus problemas de referencia, de sus límites, de sus alternativas, de sus posibles estrategias. E ilumina que nosotros —si deseamos nuestro sistema— no podemos escoger a placer los valores, sino que, cuando se descongestiona la institución de los derechos fundamentales, entran en juego consecuencias que van mucho más allá del simple sancionar a los culpables.

El concepto de valor designa la perspectiva de una preferencia de las consecuencias de la acción y con ello de las acciones. Se ha institucionalizado como una forma de deber-ser. Esto significa: un valor se tiene por adecuado aun cuando las consecuencias de la acción (cargada de valor) de hecho no se realicen —es decir, cuando la acción decepciona— o cuando de facto otro que actúa selecciona otra consecuencia de la acción —es decir, cuando el actuante desengaña. Los valores son, pues, expectativas estabilizadas contrafácticamente y, en este sentido, son similares a las normas jurídicas, para las cuales vale lo mismo.

Esta similitud no puede separarse de una distinción decisiva y de grandes consecuencias. Las normas jurídicas implican un claro esto/lo-otro referido a conforme-a–la-ley o a contrario-a-la-ley.[19] Esta estructura (lo-uno/lo-otro) no puede introducirse en el mundo de los valores. Esto contradiría la situación natural de la decisión y el orden de sus valores. A una regla de preferencia corresponde una

[19] Lo mismo es válido para la ética tradicional en la medida en que se la considere capaz de verdad. Por eso el derecho y la ética no necesitaron separarse hasta en la modernidad. Como ámbito de conocimiento la ética se mantuvo al abrigo de la lógica ontológica de dos valores. Los fines a los que el actuar debía dirigirse eran o verdaderos o no-verdaderos y en esa medida, al mismo tiempo, o buenos o no-buenos. Hay que cuidarse de no intercambiar la distinción norma-jurídica/valor por la de derecho/moral.

regla de renuncia. Quien se dirige a un valor pone de manifiesto que existe otro valor. Todo deber descarga de responsabilidad. Si no fuera necesaria esta renuncia no se necesitaría orientarse por los valores. El hacer correcto se entiende por sí mismo. Una renuncia sólo puede ser apropiada, cuando el valor aplazado en cierta medida se ha cumplido y tan sólo se trata de una lesión momentánea:[20] cuando por temor a los conflictos que pueda traer un proceso renuncio a un derecho determinado, esto no quiere decir que para mí la paz tiene más valor que el derecho. Nunca se llega a la situación de tener que decidir en abstracto entre paz y derecho de una vez para siempre.

La fascinación de ciertos valores hay que entenderla siempre en referencia al estado de satisfacción de los valores que entrechocan. Esto es válido para los bienes materiales. No puede estarse interesado sólo por alimento o sólo por vestido. Esta misma relación de dependencia debe constatarse en los valores inmateriales. Esforzarse por la libertad tiene sentido cuando una cierta paz está asegurada. No puede sin medida exigirse libertad a costa de la paz —o al revés. No puede sin medida exigirse verdad a costa de la virtud —o al revés. Estas interdependencias resultan de la imposibilidad de satisfacer todos los valores de manera optimizada —con otras palabras: resultan de la condición humana. Es a este problema al que se refiere la determinación de la justicia (aunque no en esta versión conceptual) como medida de igualdad —reconocimiento que hace ver con claridad cómo le hace falta a la versión moderna de justica (como valor) el rango del pensamiento aristotélico sobre el derecho.

Por eso la jerarquía de valores sólo puede practicarse en referencia a la situación. Sólo los valores y no el rango de la relación se dejan formular abstractamente —y la abstracción de uno sin la abstracción del otro es algo inútil. En situaciones de vida muy simples en donde las necesidades están siempre amenazadas por la insatisfacción, pueden utilizarse de manera instructiva estas generalizaciones cercanas a la praxis. Cuanto más fácilmente se satisfacen estos valores elementales, tanto más amplia y abigarrada se vuelve la escala de los valores alcanzados y tanto más debe institucionalizarse

[20] Véase para esto Braybrooke/Lindblom (cap. 10 nota 6), pp. 21ss.

el rango de las relaciones de los valores. Debemos incentivar, en ritmos cada vez más rápidos y en dosis cada vez más pequeñas, el bienestar a costa de la libertad, la libertad a costa del saber, el saber a costa de la buena vida, la familia a costa del trabajo y el trabajo a costa de la familia, el individuo a costa de la generalidad y la generalidad a costa del individuo. La realización de los valores debe de manera incrementada ser oportunista. La medida aristotélica del justo medio se ha empezado a mover. Parece allí perfilarse una nueva determinación entre ser y tiempo. La templanza no se efectúa en la 'aplicación' de un ideal abstracto, en la realización de una máxima rigidizada, sino sólo aprovechando las diferencias temporales en el cambio concienzudo de las preferencias.

La dogmática de los derechos fundamentales —con su fórmula de ponderación de los intereses y con su pensamiento de regla/excepción— deja esta puerta abierta al oportunismo sin darse cuenta por qué. No puede captar el sentido que de allí resulta cuando sólo se queda paralizada ante el llamado a los valores y no se pregunta por lo que nosotros hemos puesto en lugar de la medida de la justicia.

El concepto de valor presupone (pero no explica) que el campo de la acción y el tiempo de la acción se constituyen con posibilidades de comparación. Admite como cosa obvia la apertura del mundo de la acción por la ciencia. El fenómeno primario está en la estructuración del campo de lo posible mediante posibilidades abiertas y problemas.[21] Sólo a partir de allí se hace posible y necesario orientarse por los valores.[22] Mantiene su sentido por la función de orientar la acción. Ya que el puro comparar con otras posibilidades no es suficiente para explicar y fundamentar una decisión. En esa medida se vuelve comprensible el esfuerzo de reducir la multiplicidad de las posibilidades de la acción orientándose por un valor. La necesidad de la función del valor (precisamente en esta forma

[21] Véase para esto la distinción posibilidades-abiertas/posibilidades-problemáticas en el marco general del análisis fenomenológico del mundo-de-vida en Edmund Husserl, Erfahrung und Urteil, Hamburg 1948, pp. 105ss., y también para esto Alfred Schutz, Choosing Among Projects oí Action, Philosophy and Phenomenological Research 12 (1951) reimpr. en: ídem., Collected Papers Bd. I, La Haya 1962, pp. 67-96 (79ss.).

[22] Para esto más explicaciones en Luhmann (cap. 3 nota 12).

de representación del ser mediante valores) no obliga de ninguna manera a que mediante valores se busque la última afirmación sobre el sentido de la humanidad. Ni la ciencia ni la filosofía de nuestro tiempo nos conminan a defender esta tesis.

Lo que se busca con el concepto de valor es cerrar el horizonte abierto de las posibilidades de acción, es decir, la total construcción del mundo. Esta construcción se lleva a cabo por sistemas. Lo absoluto fundante postulado por el concepto de valor se encuentra en la capacidad funcional del sistema. Este fundamento se vuelve más estable cuanto más se piensa el sistema de manera integral y se actualiza en la acción. Este ensanchamiento requiere diferenciación. Cuanto más de manera omniabarcadora se quieran ordenar los sistemas de la vivencia y de la acción humana, tanto más deben diferenciarse, tanto más de manera diversificada deben generalizarse las comunicaciones y tanto más artificialmente deben buscarse las bases de la conducta. Las condiciones de esta diferenciación —en cuyo marco hemos discutido los derechos fundamentales— entran en el lugar que la filosofía de los valores trató de llenar en vano sola. En las estrategias individuales de la presentación de sí mismo, en las consideraciones llenas de tacto y totalmente neutrales de la civilización de las expectativas, en la confianza en el valor ficticio del dinero, en la abandonada indiferencia en vista de que el Estado decide problemas y en la impresionabilidad de todas estas disposiciones frente a las perturbaciones criticas que ponen en duda la función del sistema, se anuncia una nueva forma de conducta del ser humano en el mundo, cuyo significado le plantea a la filosofía una nueva tarea.

I. Derechos fundamentales

Artículo 1
[Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Artículo 2
[Libertad de acción, libertad de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

Artículo 3
[Igualdad ante la ley]

(1) Todas las personas son iguales ante la ley.
(2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.
(3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

Artículo 4
[Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]

(1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.
(2) Se garantizará el libre ejercicio del culto.
(3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 5
[Libertad de opinión]

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.
(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.
(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

Artículo 6
[Matrimonio y familia, hijos extramatrimoniales]

(1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.
(2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.
(3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados.
(4) Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.
(5) La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

Artículo 7
[Sistema escolar]

(1) El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado.
(2) Las personas autorizadas para la educación de los hijos tienen el derecho de decidir si éstos han de participar o no en la enseñanza de la religión.
(3) La enseñanza religiosa es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas. Ningún docente podrá ser obligado contra su voluntad a impartir enseñanza religiosa.
(4) Se garantizará el derecho a crear escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes del respectivo Land. La autorización deberá concederse cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas

públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente y no fomenten una segregación de los alumnos en base a la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente.

(5) Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial o si las personas autorizadas para la educación de los niños solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o ideológica y no existe escuela primaria pública de este tipo en la localidad.

(6) Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias.

Artículo 8
[Libertad de reunión]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos.

(2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley

Artículo 9
[Libertad de asociación]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades.

(2) Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos.

(3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten en virtud de los artículos 12a, 35 apartado 2 y 3, 87a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la

primera frase del presente apartado con fines de salvaguardia y promoción de las condiciones económicas y de trabajo.

Artículo 10
[Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones]

(1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones son inviolables.
(2) Las restricciones sólo podrán ser dispuestas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.

Artículo 11
[Libertad de circulación y de residencia]

(1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal.
(2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y únicamente en el caso en que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

Artículo 12
[Libertad de profesión, prohibición del trabajo forzado]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.

(2) Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado, salvo dentro del marco de un deber de prestación de un servicio público habitual, de orden general e igual para todos.
(3) El trabajo forzado es admisible sólo en el caso de privación de libertad dispuesta judicialmente.

Artículo 12a
[Servicio militar y civil obligatorio]
(1) Los varones que hayan cumplido los dieciocho años de edad pueden ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en el Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras o en una unidad de defensa civil.
(2) Quien por razones de conciencia rehúse el servicio militar con las armas, puede ser obligado a prestar un servicio sustitutorio. La duración del servicio sustitutorio no podrá superar a la del servicio militar. Las modalidades serán reguladas por una ley que no podrá restringir la libertad de decidir de acuerdo con la propia conciencia y que deberá prever también la posibilidad de prestar un servicio sustitutorio que, en ningún caso, esté vinculado con unidades de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras.
(3) En el caso de defensa, las personas sujetas al servicio militar y que no fueran llamadas a prestar uno de los servicios mencionados en los apartados 1 y 2 pueden ser obligadas por ley o en virtud de una ley, dentro del marco de una relación laboral, a prestar servicios civiles con fines de defensa, incluyendo la protección de la población civil; la prestación de servicios dentro de un régimen de derecho público podrá ser impuesta sólo para el ejercicio de funciones policiales o de aquellas funciones administrativas del poder público que sólo pueden cumplirse dentro de un régimen de servicio público. Las relaciones laborales contempladas en la primera frase podrán establecerse dentro de las Fuerzas Armadas, en el sector de abastecimiento de las mismas así como en la Administración pública; la imposición de relaciones laborales en el sector del abastecimiento de la población civil será admisible únicamente para cubrir las necesidades vitales de la misma o para garantizar su protección.

(4) Cuando en el caso de defensa no pudieran cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de servicios civiles en el sector sanitario civil, así como en los hospitales militares establecidos, podrán ser obligadas, por ley o en virtud de una ley, a cumplir tales servicios las mujeres que hayan cumplido dieciocho años y tengan menos de cincuenta y cinco. En ningún caso las mujeres podrán ser obligadas a prestar servicio con las armas.
(5) Con anterioridad al caso de defensa, las obligaciones contempladas en el apartado 3 podrán ser establecidas sólo de acuerdo con lo expresado en el artículo 80a, apartado 1. Para la preparación de las prestaciones de servicios previstos en el apartado 3 cuyo cumplimiento requiera conocimientos o aptitudes especiales, podrá imponerse por ley o en virtud de una ley la participación obligatoria en cursos de formación. En este caso no se aplicará lo dispuesto en la primera frase.
(6) Si en el caso de defensa no pudieren cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de mano de obra para los sectores mencionados en el apartado 3, segunda frase, por ley o en virtud de una ley podrá restringirse, para cubrir esas necesidades, la libertad de los alemanes de abandonar el ejercicio de una profesión o el puesto de trabajo. Antes de que se produzca el caso de defensa, es aplicable por analogía lo dispuesto en el apartado 5, primera frase.

Artículo 13
[Inviolabilidad del domicilio]
(1) El domicilio es inviolable.
(2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.
(3) Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la

investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

(4) En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deberá ser solicitada sin dilación.

(5) Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto, sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tiene que ser solicitada sin dilación.

(6) El Gobierno Federal informa al Bundestag anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un control judicial, según el apartado 5. Una comisión elegida por el Bundestag ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los Land o Länder garantizan un control parlamentario equivalente.

(7) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.

Artículo 14
[Propiedad, derecho a la herencia y expropiación]

(1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.

(2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

(3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

Artículo 15
[Socialización]

Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o de otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización. Con respecto a la indemnización se aplicará por analogía lo establecido en el artículo 14, apartado 3, frases 3 y 4.

Artículo 16
[Nacionalidad, extradición]

(1) Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley, y contra la voluntad del afectado únicamente cuando éste no se convierta por ello en apátrida.

(2) Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional en la medida en que se respeten los principios de derecho fundamental.

Artículo 16a
[Derecho de asilo]

(1) Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.

(2) El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual esté asegurada la aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Los Estados fuera de las Comunidades Europeas en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase serán determinados por una ley que requiere la aprobación del Bundestag. En los casos de la primera frase, las medidas que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.

(3) Podrá determinarse por una ley, que requiere la aprobación del Bundestag, los Estados en los cuales, en base a la situación jurídica, la aplicación del derecho y las condiciones políticas generales, parece estar garantizada la no existencia de persecuciones políticas ni de castigos o tratamientos inhumanos o degradantes. Se supondrá que un extranjero proveniente de uno de tales Estados no es perseguido, a menos que exponga hechos que fundamenten la presunción de que es perseguido políticamente, contrariamente a lo que se había supuesto.

(4) La ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia en los casos mencionados en el apartado 3 y en otros casos manifiestamente injustificados o considerados como manifiestamente injustificados, sólo será suspendida por el tribunal si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida; la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta. La regulación se hará por una ley.

(5) Los apartados 1 a 4 no contradicen los tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y del Convenio para la protección de los de-

rechos humanos y las libertades fundamentales cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, definen las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo.

Artículo 17
[Derecho de petición]

Toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente, por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y a los órganos de representación del pueblo.

Artículo 17a
[Restricción de determinados derechos fundamentales mediante leyes referentes a la defensa y al servicio sustitutorio]

(1) Las leyes relativas al servicio militar y al servicio sustitutorio podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio sustitutorio se restrinja durante el período de servicio el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen (artículo 5, apartado 1, primera parte de la primera frase), el derecho fundamental de la libertad de reunión (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva. (2) Las leyes referentes a la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán establecer que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de circulación y de residencia (artículo 11) y de inviolabilidad del domicilio (artículo 13).

Artículo 18
[Privación de los derechos fundamentales]

Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de

reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.

Artículo 19
[Restricción de los derechos fundamentales]

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.
(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.
(3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.
(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

Índice

Los derechos fundamentales como institución
(Aportación a la sociología politica),
de Niklas Luhmann, se terminó de imprimir
en julio de 2010 por Oak Editorial, SA.
El tiro fue de mil ejemplares
más sobrantes para reposición.